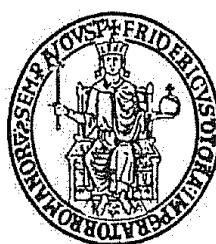


Università degli Studi di Napoli Federico II



Dottorato in

**DISCIPLINA DEL MERCATO E DELLA CONCORRENZA
NELL'UNIONE EUROPEA**

XXVIII CICLO

2015-2016

**La rilevanza della cultura e dei valori culturali
nel diritto del commercio internazionale e
nell'Unione Europea**

Relatore

Ch.mo Prof. Fabio Ferraro
Fabio Ferraro

Candidato

Emmanuel Pagano

INDICE

Capitolo Primo

La *cultural heritage* nel diritto internazionale al tempo della globalizzazione

1. La cultura, il patrimonio culturale e il diritto internazionale	4
2. Le prime manifestazioni di interesse verso la tutela dei beni culturali	8
3. Evoluzione. Da una visione dell'interesse particolare alla difesa del proprio patrimonio culturale ad una concezione del patrimonio culturale come patrimonio dell'umanità. Le convenzioni Unesco sul patrimonio materiale e immateriale	11
4. Segue. La convenzione del 2005 sulla diversità culturale. L'apertura alla diversità culturale non esclude la difesa della propria identità culturale	16
5. Conseguenze riconducibili alla concezione universalistica: A) sul problema dell' "appartenenza" del patrimonio. Problemi di conciliare la difesa del "proprio" patrimonio. B) la distruzione deliberata del patrimonio culturale come crimine internazionale?	28
6. La concezione <i>universalistica</i> non ha soppiantato del tutto la concezione <i>individualistica</i> che trova ancora riscontro nella prassi	35

Capitolo Secondo

L'incidenza dell'identità culturale nel commercio internazionale

1. I prodotti culturali e le norme sul commercio internazionale delle merci e dei servizi	41
---	----

2. La difesa dei valori culturali. Misure di protezione (chiusura al mercato) e misure di sostegno	46
3. Sul rapporto conflittuale tra cultura e commercio	49
4. Il rilievo delle esigenze culturali nel regime del commercio internazionale	51
5. Il sistema Omc. Le eccezioni Gatt e Gats. Interpretazione restrittiva	57
6. Il test di necessità	60
7. Sulla prassi. Il ricorso alla distinzione tra merci e servizi al fine di sfruttare la normativa più favorevole	64
8. Il richiamo alla morale	70
9. Segue. Sui possibili rimedi	73
10. La convenzione Unesco del 2005 sulla diversità culturale	78
11. Segue. Dalla eccezione culturale alla diversità culturale	85
12. L'impatto della convenzione sul regime Omc	87
13. Come può risolversi il conflitto tra convenzione e Omc	92
14. La prassi successiva alla convenzione del 2005	97

Capitolo Terzo

Il rilievo dei valori culturali sulle libertà del trattato UE (nella dimensione interna)

1. La cultura e i valori culturali nei trattati comunitari	102
2. L'emergere di una nuova consapevolezza	105
3. Le esigenze culturali considerate tra gli interessi generali	107
4. Sulle modalità di accertamento delle condizioni richieste e sul margine di apprezzamento	115
5. Scarsità di risultati	120
6. Le novità introdotte nel trattato a partire da Maastricht	126
7. Segue. Le conseguenze sulle limitazioni alle libertà del trattato e sul regime degli aiuti	134

8. L'attività promozionale della cultura e la salvaguardia del patrimonio culturale europeo sul piano interno	147
9. Cenni sull'attività svolta dalle istituzioni	154

Capitolo quarto

La dimensione esterna dell'azione culturale dell'UE

1. La dimensione culturale esterna dell'Unione: profili e incidenze	158
2. L'incidenza della Convenzione Unesco del 2005 sulla diversità culturale	161
3. Le iniziative aventi ad oggetto la cooperazione internazionale in materia culturale	164
4. Segue. <i>Negli accordi di associazione e di partenariato</i>	166
5. L'attenzione mostrata per la cultura negli <i>accordi commerciali</i> o nella parte che riguarda l'aspetto <i>commerciale</i> trattato in altri accordi	169
6. I Protocolli sulla cooperazione culturale	179
7. Conclusioni	182
 CONCLUSIONI	 185
 BIBLIOGRAFIA	 187

Capitolo Primo

La rilevanza della cultural heritage nel diritto internazionale

Sommario. 1. La cultura, il patrimonio culturale e il diritto internazionale. 2. Le prime manifestazioni di interesse verso la tutela dei beni culturali. 3. Evoluzione. Da una visione dell'interesse particolare alla difesa del proprio patrimonio culturale ad una concezione del patrimonio culturale come patrimonio dell'umanità. Le convenzioni Unesco sul patrimonio materiale e immateriale. 4. Segue. La convenzione del 2005 sulla diversità culturale. L'apertura alla diversità culturale non esclude la difesa della propria identità culturale. 5. Conseguenze riconducibili alla concezione universalistica: A) sul problema dell' "appartenenza" del patrimonio. Problemi di conciliare la difesa del "proprio" patrimonio. B) la distruzione deliberata del patrimonio culturale come crimine internazionale? 6. La concezione *universalistica* non ha soppiantato del tutto la concezione *individualistica* che trova ancora riscontro nella prassi.

1. La cultura, il patrimonio culturale e il diritto internazionale

E' opinione ampiamente diffusa che sia oltremodo difficile dare un significato univoco e definitivo della cultura¹. Nel concetto di cultura

¹ Di essa si dice che siano state elaborate più di 250 definizioni. Sulle questioni di carattere generale relative alla cultura e alle difficoltà di pervenire ad una definizione unanimemente accettata, v. A. Ferri, *La costituzione culturale nell'UE*, Padova, 2008, p. 26 ss; Id, *La dimensione prescrittiva della cultura. Un'analisi comparata tra significante e significato*, in Dir. pub. comp. europeo, 2009, I, p. 12 ss e autori ivi citati; Y. Donders, *The protection of Cultural Rights in Europe: None of*

vengono ricondotte una serie di situazioni che vanno dalle manifestazioni degli individui nell'arte e nella letteratura, ai comportamenti sociali, ai modi di vivere dei popoli, agli usi, alle tradizioni, al folklore, ai miti che rivelano l'identità di comunità di persone, alle modificazioni dell'ambiente fisico ad opera dell'uomo, all'urbanistica, all'architettura.

Alcune di queste situazioni sono inquadrabili tra i diritti umani, altre tra i diritti sociali. Nel Preambolo della Dichiarazione universale sulla diversità culturale adottata il 2 novembre 2001 dalla Conferenza generale dell'Unesco si dice che la cultura deve essere considerata come l'insieme dei tratti distintivi spirituali e materiali, intellettuali e affettivi che caratterizzano una società o un gruppo sociale e che

the EU' Business? in MJ, 2003.; C. Campiglio, *Identità culturale e diritti umani* in La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale, XVI Convegno Sidi, Catania 2011, Napoli, 2012, p. 237, nota 3, riferisce che una delle prime definizioni di cultura risale al 1871 ed è dovuta a E.B. Tylor, *Alle origini della cultura*, Roma, 1985, trad. dall'originale *Primitive Culture. Researches into the Development of Mytology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom*, London, 1871. Secondo l'A. "La cultura, o la civiltà, intesa nel suo ampio senso etnografico, è quell'insieme complesso che include la conoscenza, le credenze, l'arte, la morale, il diritto, il costume e qualsiasi altra capacità e abitudine acquisita dall'uomo in quanto membro di una società". Secondo C. Geertz, la cultura è "il sistema, insieme, o rete di simboli, credenze, valori, costumi, riti che rende specifica una società e che, in qualche misura, condiziona i suoi membri" (C. Geertz, *Interpretation of cultures*, New York, 1973). Secondo B. Fleury e J.Walter, *Promouvoir la diversité culturelle? Questions de communication*, 2008,, p.156 la cultura è «un système de représentation symbolique à travers lequel une société se constitue ».

l'ingloba, oltre alle arti e alle lettere, i modi di vita, i modi di vivere insieme, i sistemi, i valori, le tradizioni e le credenze². Nel concetto di civiltà rientrano "both by common objective elements, such as language, history, religion, customs, institutions, and by the subjective self-identification of people"³.

E' stato sostenuto⁴ che la vaghezza del termine sarebbe dovuta alla freddezza se non all'ostilità con cui gli Stati guardano ad essa nel timore che il richiamo ai valori culturali e la rivendicazione delle tradizioni culturali di loro comunità possano, col tempo, giustificare rivendicazioni politiche ma, nello stesso tempo, perpetuare visioni arcaiche della società e della famiglia (ad es. sul ruolo subordinato della donna e certe pratiche e rituali non più accettabili).

Nel mondo esistono pluralità e diversità di culture che non sempre coesistono pacificamente. Talora, anzi, sono in aperto conflitto tra di

² Dello stesso tenore era stata la Dichiarazione di città del Messico sulle politiche culturali del 1982. Per quanto riguarda il folklore, considerate una forma di espressione culturale, si veda Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore adottata dalla Conferenza generale dell'Unesco il 16 novembre 1989 secondo cui Folklore (or traditional and popular culture) is the totality of tradition-based creations of a cultural community, expressed by a group or individuals and recognized as reflecting the expectations of a community in so far as they reflect *its cultural and social identity; its standards and values are transmitted orally, by imitation or by other means. Its forms are, among others, language, literature, music, dance, games, mythology, rituals, customs, handicrafts, architecture and other arts.*

³S.P. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Reamrking of World Order*, NY, 1996, p. 41.

⁴Y. Donders, *art. cit.* p. 120.

loro e manifestano intenti sopraffattori che scatenano reazioni e chiusure. I recenti attacchi terroristici alle persone e ai siti archeologici del medio oriente e le minacce che li hanno accompagnati, più che la risposta ad ingiustizie subite, sono diretti, per dichiarazione esplicita degli autori, a distruggere espressioni di una cultura vecchia e superata. Di contro, la risposta di chi li ha subiti è quella di resistere, di difendersi e non cedere a cambiare il proprio modo di vivere.

“Non accetteremo di rinunciare al nostro modello di vita” ha detto il primo ministro britannico in occasione degli eventi dell’estate del 2015 nei quali sono stati trucidati una trentina di turisti inglesi sulle spiagge tunisine per mano di appartenenti all’ISIS. La stessa posizione è stata espressa dal presidente francese dopo la strage di Parigi del novembre scorso. Quelli dell’ISIS, da parte loro, dichiarano che è loro intenzione issare le loro bandiere a Roma e che la loro vittoria militare e culturale sull’occidente determinerà, nelle loro intenzioni, anche la distruzione fisica di ogni segno o monumento che ne sia espressione, come hanno saputo fare nei luoghi dove sono arrivati distruggendo reperti museali ed interi siti archeologici.

La cultura è oggetto di approfondimenti sociologici, antropologici, filosofici, etici, letterari, storici, e, naturalmente, giuridici⁵.

Per quello che interessa il presente studio la si considererà dal punto vista del diritto internazionale e del diritto dell’UE per gli aspetti che sono stati oggetto di attenzione sia da parte dell’uno che dell’altro⁶.

⁵ Per le citazioni rimando a A. Ferri, *op. cit.*

⁶ E. Leach, *Cultura/culture*, in Enc. Einaudi, IV, Torino, 1977, p. 267

2. Per quanto concerne il diritto internazionale, le prime manifestazioni di interesse verso i beni culturali o, per meglio dire, verso i beni mobili ed immobili destinati al culto, all'educazione, alle arti e alle scienze, come si usava dire a quel tempo, risalgono alla fine dell'800 in quel clima (illusorio) di fiducia tra gli Stati che caratterizzò quegli anni e che portò alla codificazione di regole sull'uso della forza bellica. A quel tempo, si tennero due Conferenze per la pace, la prima nel 1899 e la seconda nel 1907 nel corso delle quali furono negoziate una serie di convenzioni sul diritto di guerra (*jus in bello*) (tre durante la prima conferenza e ben tredici nella seconda) con l'intento di umanizzare l'uso della forza imponendo obblighi e divieti ai belligeranti. Nel Regolamento annesso alla seconda convenzione del 1899 relativa *alle leggi e agli usi della guerra terrestre* si prevedeva, appunto, che negli assedi fossero prese tutte le misure per preservare, per quanto possibile, gli edifici consacrati al culto, alle arti, alle scienze, alla beneficenza, oltre agli ospedali e ai luoghi di ricovero dei malati e dei feriti. Una specifica disposizione vietava, poi, il saccheggio (che riguardava, comunque tutti i beni e non solo quelli "culturali"). Ulteriori disposizioni erano contenute nella IV e nella IX convenzione del 1907 dedicata *alle leggi e agli usi della guerra per terra*. L'art. 47 della II convenzione stabiliva che "I beni dei comuni, quelli degli istituti consacrati ai culti, alla carità, all'istruzione, alle arti e alle scienze, anche se appartenevano allo Stato,

saranno trattati come la proprietà privata. Ogni sequestro, distruzione, danneggiamento intenzionale di tali istituti, di monumenti storici, di opere d'arte o di scienza è proibito e deve essere punito". Tutta questa materia è stata ripresa nelle convenzioni di Ginevra del 1949 che hanno aggiornato tutto il diritto umanitario (più precisamente nel Primo e nel secondo dei Protocolli aggiuntivi del 1977) ed è stata oggetto della conv. dell'Aja del 1954 che si è occupata specificamente della protezione dei beni culturali in caso di conflitti armati introducendo regole molto più precise. A favorire questo interesse per la sorte dei beni "culturali" durante la guerra, in un contesto nel quale non solo non era mai emersa una particolare sensibilità o cura da parte degli Stati ma la prassi dava conto, anzi, che la distruzione del patrimonio culturale del nemico e la sua acquisizione come preda o bottino di guerra, erano considerate assolutamente lecite, erano stati gli abusi e gli scempi compiuti dagli eserciti invasori nei territori occupati che si erano registrati soprattutto durante le campagne napoleoniche. In esse l'acquisizione dei beni artistici ubicati nei paesi conquistati per arricchire le dotazioni dei musei francesi era stata pianificata ed attuata con meticolosa precisione⁷.

⁷ In un libro pubblicato nel 1976 in Germania e tradotto in italiano nel 1988, P. Wescher, *I furti d'arte. Napoleone e la nascita del Louvre*, Torino 1988, riporta i termini, anche quantitativi, di quella che è considerata la più colossale trasmigrazione di patrimonio artistico verso l'unico centro di Parigi, secondo una

Dalla protezione dei beni culturali durante la guerra, il diritto internazionale è passato ad occuparsi della restituzione dei beni appartenenti al patrimonio culturale nazionale illegalmente esportati o trafugati. Si tratta della conv. del 1970 sui mezzi per impedire e vietare l'importazione, l'esportazione e il trasferimento illecito di beni culturali. Essa esprime l'interesse degli Stati ricchi di beni culturali, spesso vittime di spoliazioni e di furti ma anche della vendita o svendita del patrimonio artistico posseduto da privati, ad opera degli stessi proprietari, ad antiquari, ricchi facoltosi o musei stranieri, ad ottenere la loro restituzione. A tal fine organizza un interessante sistema di cooperazione internazionale. Dello stesso problema si occupa la conv. Unidroit del 1995 sui beni culturali rubati o illecitamente esportati⁸. In ogni caso, l'interesse del DI verso la cultura e i beni culturali corrisponde a quello degli Stati alla protezione del proprio patrimonio culturale, ovvero dei beni aventi un valore storico, artistico o archeologico, appartenenti direttamente ad essi o comunque alle loro comunità nazionali, in quanto si tratta di beni portatori di valori e che sono capaci

pianificazione, quasi rituale, che ha il suo stratega nel barone Dominique Vivant Denon.

⁸ M. L. Pecoraro, *La tutela internazionale dei beni culturali alla luce della convenzione Unidroit sulla restituzione dei beni culturali rubati o illecitamente esportati*, in *Legislazione internazionale e comunitaria dei beni culturali* (a cura di E. Pagano), Napoli, 2005, p. 151 ss.

di “trasmettere emozioni”⁹ o idee di carattere non venale¹⁰. In seguito il problema della tutela dei beni culturali e del patrimonio culturale è stato affrontato nella prospettiva che esso appartiene all’umanità intera e costituisce il retaggio di una eredità comune.

3. Evoluzione: da una visione che considera l’interesse particolare ad una visione per la quale i beni culturali hanno un valore universale e appartengono all’umanità intera

Nel tempo, grazie all’azione svolta dall’Unesco il cui compito, secondo l’art. I, par. 2 dell’Atto costitutivo, è di assicurare agli Stati membri la feconda diversità delle loro culture e dei loro sistemi educativi, è cresciuta, presso l’opinione pubblica mondiale, la consapevolezza della necessità di allestire forme più avanzate di protezione del patrimonio culturale. L’Unesco, infatti, ha animato una vasta azione di sensibilizzazione adottando atti di *soft law*¹¹ e promuovendo la

⁹ Nella versione inglese del Preambolo alla Dichiarazione universale sulla diversità culturale del 2001, si specifica che la cultura deve essere considerata come l’insieme dei tratti distintivi spirituali, materiali, intellettuali ed emozionali che caratterizzano una società o un gruppo.

¹⁰ Senza, con questo, escludere che gli stessi possono essere anche utilizzati sotto il profilo economico. T. Scovazzi, *Le patrimoine culturel de l’humanité. The Cultural Heritage of Mankind* (a cura di J.A.R. Nafziger e T. Scovazzi), Académie de droit international de L’Haye, Leiden/Boston, 2008, p. 7.

¹¹ Dichiarazione sui principi della cooperazione internazionale culturale, Parigi 4 novembre 1966; Dichiarazione sulla razza e il pregiudizio razziale, Parigi 27

negoziare di importanti convenzioni internazionali, tra le quali quella sulla protezione del patrimonio mondiale, culturale e naturale del 1972, quella del patrimonio immateriale del 2003 e, infine quella del 2005 sulla diversità culturale nelle quali ha preso corpo la consapevolezza che la diversità culturale è un bene che va difeso a vantaggio di tutta l'umanità.

Da una visione, definita romantica, di tutela del patrimonio culturale in quanto espressione della storia di ciascuno Stato si passa, così, alla codificazione di regole ispirate ad una concezione cosmopolita che considera il patrimonio culturale come patrimonio di tutti e la cui tutela si configura come l'adempimento di un obbligo *erga omnes*¹².

Da notare che la concezione c.d. romantica, accolta nelle convenzioni prima ricordate, non scompare del tutto ma continua ad ispirare l'azione degli Stati e trova espressione in altre convenzioni internazionali che vedono la luce nello stesso periodo. Si tratta della convenzione dell'Aja 1954 sulla tutela dei beni nei conflitti armati, di

novembre 1978; Raccomandazione sulla salvaguardia della cultura tradizionale e del folklore, Parigi 15 novembre, 1989; Dichiarazione universale sulla diversità culturale, Parigi 2 novembre 2001; Raccomandazione concernente la promozione e l'uso del multilinguismo e l'accesso universale al ciberspazio, Parigi 15 ottobre 2003; Dichiarazione sulla distruzione internazionale del patrimonio culturale, Parigi 17 ottobre 2003.

¹² Questo inquadramento è fatto da F. Francioni, *Principi e criteri*, cit., p.14, come riferito anche da A. Vigorito, *Nuove tendenze della tutela internazionale dei beni culturali*, Napoli, 2013, p. 15 s. che cita G. Ziccardi, *A new dimension of International Law: the Global Law*, in *The Global Community YILJ*, 2005, p. xvi.

quella di Parigi 1970 sul recupero dei beni illecitamente esportati, di quella Unidroit 1995 sulla prevenzione del traffico illecito, in cui si tende alla tutela dei beni appartenenti allo Stato o a cittadini ed Enti dello Stato e ad impedire la distruzione o la perdita.

Una spinta notevole all'acquisizione della visione più ampia è stata data, come si accennava, dalle due convenzioni sulla tutela del patrimonio culturale e naturale mondiale (Parigi 1972) e del patrimonio mondiale immateriale (Parigi 2003), che hanno previsto anche la formazione e la gestione di una Lista del patrimonio protetto sovente citata dai mass media, specialmente in occasione di danni o incurie riguardanti siti e monumenti ivi iscritti (conv. del 1972, art. 11, nn. 2 e 3; conv. del 2003 art. 16)¹³.

La convenzione di Parigi del 1972 sul Patrimonio mondiale affronta il problema della tutela del patrimonio culturale e naturale, considerato come patrimonio dell'umanità intera, e sprona gli Stati ad adoperarsi per la sua difesa. Nel suo Preambolo ricorda, infatti, che "Il deterioramento o la scomparsa di qualsiasi singolo elemento del patrimonio culturale o naturale costituisce un impoverimento nocivo del patrimonio di tutte le nazioni del mondo" e poi "che alcuni beni del patrimonio culturale o naturale sono di interesse straordinario e

¹³Per un excursus storico v. T. Scovazzi, *Le patrimoine culturel*, cit. p. 3 ss.

pertanto necessitano di essere conservati come parte del patrimonio mondiale di tutta l'umanità"¹⁴.

La convenzione del 2003 sulla protezione del patrimonio culturale immateriale risulta ancor più importante. Preceduta dalla Dichiarazione universale sulla diversità culturale del 2001. Si propone di rafforzare e istituzionalizzare un sistema di protezione delle espressioni particolarmente vulnerabili dell'identità culturale dei popoli che sono esposte al rischio di andare disperse.

Costituito dalle tradizioni, dall'insieme dei saperi, delle espressioni linguistiche e artistiche che si manifestano nel teatro e nella musica, dalle celebrazioni religiose e dai riti, dalle tecniche tradizionali di

¹⁴ Per patrimonio culturale oggetto di tutela, la convenzione considera, - i monumenti: opere architettoniche, plastiche o pittoriche monumentali, elementi o strutture di carattere archeologico, iscrizioni, grotte e gruppi di elementi di valore universale eccezionale dall'aspetto storico, artistico o scientifico; - gli agglomerati: gruppi di costruzioni isolate o riunite che, per la loro architettura, unità o integrazione nel paesaggio hanno valore universale eccezionale dall'aspetto storico, artistico o scientifico; - i siti: opere dell'uomo o opere coniugate dell'uomo e della natura, come anche le zone, compresi i siti archeologici, di valore universale eccezionale dall'aspetto storico ed estetico, etnologico o antropologico. Per patrimonio naturale da tutelare intende -i monumenti naturali costituiti da formazioni fisiche e biologiche o da gruppi di tali formazioni di valore universale eccezionale dall'aspetto estetico o scientifico; -le formazioni geologiche e fisiografiche e le zone strettamente delimitate costituenti l'habitat di specie animali e vegetali minacciate, di valore universale eccezionale dall'aspetto scientifico o conservativo; -i siti naturali o le zone naturali strettamente delimitate di valore universale eccezionale dall'aspetto scientifico, conservativo o estetico naturale.

artigianato e da arti varie, il patrimonio immateriale è il riflesso della vitalità dei popoli e il risultato dell'incontro di diverse culture¹⁵.

In questo modo essa contribuisce in maniera notevole all'evoluzione della nozione di patrimonio culturale e di bene culturale nel diritto internazionale in una prospettiva universale (che dovrà impegnare tutti gli Stati e non solo quelli direttamente vincolati dal trattato) investendo vari aspetti del regime dei beni culturali: dalla loro protezione, alla cooperazione nella lotta ad attività illecite, alla repressione penale, alla risoluzione delle controversie in materia¹⁶.

¹⁵ Come patrimonio immateriale da tutelare, la convenzione del 2003 considera "le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il *knowhow*— come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi — che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale. Questo patrimonio culturale immateriale, trasmesso di generazione in generazione, è costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia e dà loro un senso d'identità e di continuità, promuovendo in tal modo il rispetto per la diversità culturale e la creatività umana."

¹⁶ J.A.R. Naftziger, *Cultural Heritage: The International regime*, in *Le patrimoine culturel de l'humanité*, cit., p. 161. "Accordingly, the law helps protect the physical integrity of cultural material; facilitates co-operation in its protection, transfer and return; rectifies wrongful activity; imposes penal sanctions in response to criminal activity; and provides formal and informal mechanism and rules for resolving related disputes".

4. Segue. *La convenzione del 2005 sulla diversità culturale* L'apertura alla diversità culturale non esclude la difesa della propria identità culturale

In questo contesto, il punto più avanzato della visione cosmopolita nella tutela della cultura è rappresentato dalla convenzione del 2005 sulla promozione e la protezione della diversità culturale che è stata preceduta, come accennato, dalla Dichiarazione universale sulla diversità culturale. Si tratta di una convenzione che ha riportato un enorme successo e che fu approvata quasi all'unanimità (col voto contrario di USA e Israele)¹⁷.

¹⁷Suoi precedent sono l'*Agreement for Facilitating the International Circulation of Visual and Auditory Materials of an Educational, Scientific and Cultural Character* del 1948 il cui art. III(i) [prevede anche un regime di favore per quanto riguarda gli aspetti fiscali all'importazione permanente o temporanea di questi beni,], la *Convention Concerning the International Exchange of Publications* [che si propone di facilitare la circolazione di libri, periodici, mappe, piante, stampe foto, riproduzioni opere musicali (art. 2 (i) lett. a)] e, poi ancora varie Dichiarazioni (sulla diversità culturale del 2001), Raccomandazioni (sulla salvaguardia delle culture tradizionali e del folklore del 1989; quella concernente la promozione e l'uso del multilinguismo e l'accesso universale al ciberspazio del 2003), la Carta sulla tutela del patrimonio digitale del 2003)(p. 294 s). Sull'inquadramento delle culture nel patrimonio comune dell'umanità H. Ruiz Fabri, *Jeux dans la fragmentation: la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles*, in *Revue général*, 2007, p. 43 ss.; T. Voon, *UNESCO and the WTO: A clash of cultures?*, in *Int.Comp.Law Quart.*, 2006, p. 635 ss.; K. Acheson e C. Maule, *Convention on cultural diversity*, in *Journal of Cultural Economics*, 2004, p. 243 ss.

La Convenzione si prefigge di «proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali» nonché di «creare condizioni tali da consentire alle culture di prosperare e interagire liberamente in modo da arricchirsi a vicenda». Il suo fine è di promuovere il rispetto della diversità delle espressioni culturali e la consapevolezza del suo valore sia a livello locale e nazionale che internazionale». Suoi obiettivi sono a) proteggere e promuovere la *diversità delle espressioni culturali*; b) creare le condizioni che permettano alle culture di prosperare e interagire liberamente, in modo da arricchirsi reciprocamente; c) promuovere il dialogo interculturale, al fine di garantire a livello internazionale scambi culturali più intensi ed equilibrati, favorendo così il rispetto interculturale e una cultura della pace; d) stimolare l'interculturalità allo scopo di potenziare l'interazione culturale e di costruire un ponte tra i popoli; e) *promuovere il rispetto per la diversità delle espressioni culturali* e la presa di coscienza del suo valore a livello locale, nazionale e internazionale; f) riaffermare l'importanza della connessione tra cultura e sviluppo per tutti i Paesi, segnatamente per i Paesi in via di sviluppo, e sostenere le misure nazionali e internazionali volte a evidenziare il valore capitale di questo nesso; g) riconoscere la natura specifica delle attività, dei beni e dei servizi culturali quali portatori d'identità, di valori e di significato; h) riaffermare il diritto sovrano degli Stati di conservare, adottare e applicare politiche e

misure che ritengono adeguate in materia di protezione e di promozione della diversità delle *espressioni culturali sul proprio territorio*; i) consolidare la *cooperazione e la solidarietà internazionali* che poggiano sullo spirito di partenariato, segnatamente allo scopo di accrescere le capacità dei Paesi in via di sviluppo nel proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali¹⁸.

La promozione tutela della diversità culturale costituisce, dunque, l'obiettivo primario della convenzione. Secondo il suo art. 4, n. 1 la "Diversità culturale" rimanda alla moltitudine di forme mediante cui le culture dei gruppi e delle società si esprimono. Essa si manifesta non solo nei diversi modi attraverso cui il patrimonio culturale dell'umanità si esprime ma anche attraverso modi diversi di creazione artistica, di produzione diffusione, distribuzione e godimento quali che siano i mezzi e le tecnologie adoperate¹⁹. "Si tratta di una definizione che

¹⁸ Significativo è il richiamo fatto dal suo art. 2 al rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, al principio di sovranità e al principio dell'uguale dignità e del rispetto di tutte le culture. Al n. 3 essa afferma "La protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali implicano il riconoscimento del principio di uguale dignità e del rispetto di tutte le culture, incluse quelle delle persone appartenenti alle minoranze e alle popolazioni autoctone".

¹⁹ Art. 4, Cultural diversity

1. "Cultural diversity" refers to the manifold ways in which the cultures of groups and societies find expression. These expressions are passed on within and among groups and societies. Cultural diversity is made manifest not only through the varied ways in which the cultural heritage of humanity is expressed, augmented and transmitted through the variety of cultural expressions, but also through diverse modes of

abbraccia la duplice dimensione di tutela e promozione dei diritti culturali e di tutela e promozione della(e) cultura(e), in quanto appunto “diversa” rispetto a tutte le altre materie-attività»²⁰.

La diversità culturale della quale si occupa la convenzione riguarda sia quella propria interna dello Stato e si riferisce alle sue componenti locali e alle sue minoranze che quella degli altri Stati verso le quali impone di tenere un certo atteggiamento. L’art. 1 della convenzione, infatti, facendo riferimento alla diversità culturale parla di una presa di coscienza del suo valore a livello locale, nazionale e internazionale.

Nella sua prima accezione essa comporta una difesa della propria identità culturale.

Intanto va rilevato che con riguardo a questo aspetto, la convenzione si esprime in termini di poteri che sono concessi allo Stato, più che di doveri.

Invero, è difficile (ma non impossibile) immaginare che la convenzione abbia voluto riconoscere allo Stato il diritto di intervenire a tutela delle diversità culturali esistenti al suo interno quasi che esso abbia bisogno del diritto internazionale per farlo! D’altra parte essa stessa parla subito dopo di diritto sovrano dello Stato.

artistic creation, production, dissemination, distribution and enjoyment, whatever the means and technologies used”.

²⁰ D. Ferri, *La costituzione culturale, dell’Unione Europea*, Padova, 2008, p. 54.

La prima considerazione è che l'esercizio di questo potere consiste in una rivendicazione della propria identità culturale. Ma, se è un diritto sovrano c'è da chiedersi a quale scopo è stato ribadito. Si può pensare che quando l'art. 2, n. 2 afferma che gli Stati hanno, al riguardo, un diritto sovrano e che nell'esercizio di questo diritto possono adottare e misure a tutela della diversità, etc. esso abbia voluto "coprire" il comportamento degli Stati di fronte a possibili addebiti che potrebbero essere loro rivolti per essere venuto meno all'osservanza di altri obblighi internazionali. Considerando il comportamento dello Stato nei termini che si è detto, probabilmente la norma ha voluto escludere che possa mai essere considerato illecito la tutela delle proprie diversità culturali anche in presenza di regole che farebbero pensare diversamente. Si tratterebbe di una specie di "effetto di liceità". L'applicazione più evidente è nel campo del commercio internazionale e a regole che, in questo ambito, imponendo regimi di parità di trattamento e di non discriminazione impedirebbero di adottare misure a protezione delle culture nazionali²¹.

Il successivo n. 3 afferma che la protezione della diversità delle espressioni culturali comporta il riconoscimento della pari dignità di

²¹ In questi termini si esprimeva un tempo, fino alla VII ed. del suo manuale, B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006, p.161 nei riguardi delle raccomandazioni dell'Assemblea Generale delle NU.

tutte le culture e *l'obbligo* di rispettare quella delle persone appartenenti alle minoranze e alle popolazioni autoctone.

Se, parlando delle diversità culturali esistenti nel proprio Stato la convenzione abbia voluto riferirsi oltre che alle realtà regionali e alle minoranze nazionali anche alle nuove minoranze non è facile stabilirlo²².

Nel diritto internazionale per minoranze normalmente si intendono le minoranze nazionali aventi certe caratteristiche. Di esse se ne occupano il Patto delle NU del 1966 sui diritti civili e politici e la Convenzione quadro di Strasburgo del 1995 riferendosi alle minoranze nazionali. Il primo lo fa nell'art. 27 dove stabilisce che "In quegli Stati in cui esistano minoranze etniche, religiose o linguistiche, agli individui appartenenti a dette minoranze non potrà essere negato il diritto di fruire della propria cultura, di professare la propria religione e di fare uso della propria lingua nell'ambito della comunità stessa". Alla luce di questo Patto, per minoranza si intende un gruppo numericamente inferiore al resto della popolazione di uno Stato, in posizione non dominante, i cui membri, pur essendo di nazionalità dello Stato, possiedono caratteristiche etniche, religiose o linguistiche che differiscono da quelle della restante popolazione. Si tratta, in sostanza, delle c.d. minoranze nazionali, ovvero di gruppi omogenei di individui, aventi le caratteristiche di cui

²² Y. Donders, *art. cit.*

sopra, che si trovano da molto tempo nei confini dello Stato ove si trasferirono per contingenze storiche, per ragioni economiche, per sfuggire a persecuzioni politiche o religiose, a carestie etc. o a seguito di mutamenti territoriali. In pratica l'art. 27 riconosce agli appartenenti alle minoranze etniche, religiose e linguistiche il diritto di conservare la propria identità e di fruire della propria religione, della propria cultura e lingua.

A sua volta la Convenzione di Strasburgo all'art. 5, n. 1 prevede che "Le Parti si impegnano a promuovere le condizioni adatte a permettere alle persone appartenenti a minoranze nazionali di conservare e sviluppare la loro cultura nonché di preservare gli elementi essenziali della loro identità, cioè la loro religione, la loro lingua, le loro tradizioni ed il loro patrimonio culturale"²³.

Se si guarda al Preambolo della Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali del 2005 dove è detto che *cultural diversity forms a common heritage of humanity and should be cherished and preserved for the benefit of all* ogni più ampia conclusione è sostenibile.

Intanto può dirsi che il patrimonio culturale costituisce un bene comune, e che la sua tutela è oggetto di interesse collettivo²⁴ e che la

²³ Su criteri per definire le minoranze, v. C. Campiglio, *Identità culturale*, cit., p. 239.

²⁴ T. Scovazzi, *La notion de patrimoine*, cit. p. 3.

tutela della diversità culturale tende a collocarsi tra regole che comportano obblighi *erga omnes*²⁵.

Invero, la formazione di norme aventi la caratteristica di produrre obblighi *erga omnes* interessa ormai, con varia intensità, tutti i settori del diritto internazionale²⁶, per cui non si può escludere che ciò possa riguardare anche la difesa della cultura. In un famoso *obiter dictum* della sentenza *Barcelona Traction*, la CIG definì gli obblighi *erga omnes* come quelli che derivano “da una particolare categoria di *norme primarie* dell’ordinamento internazionale che, per tutelare determinati valori e/o interessi della Comunità internazionale ‘nel suo insieme’, attribuiscono, almeno in principio, a tutti gli Stati, operanti *uti universi* per conto della medesima, e, quindi in una posizione ‘superiore’ rispetto ai singoli Stati, il compito e il corrispettivo potere di garantirne collettivamente l’attuazione (in via diretta, o tramite reazioni successive alla loro eventuale violazione)”²⁷. Le caratteristiche per inquadrare tra queste anche quelle relative alla tutela del patrimonio culturale ci sarebbero.

²⁵ F. Francioni, *Principi e criteri ispiratori per la protezione internazionale del patrimonio culturale*, in *Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali e difesa del patrimonio comune della cultura* (a cura di F. Francioni, A. Del Vecchio, P. De Caterini). Osservatorio sulle Istituzioni Internazionali e Comunitarie, Milano, 2000, p. 11.

²⁶ v. P. Picone, *Capitalismo finanziario nuovi orientamenti dell’ordinamento internazionale*, in *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, XVIII Convegno Napoli 13 – 14 giugno 2013, Napoli, 2014, p. 277 n

²⁷ P. Picone, *Comunità internazionale e obblighi erga omnes*, Napoli, 2013, p. 519 ss.

D'altra parte, i riferimenti contenuti in atti e convenzioni internazionali in cui si parla del diritto alla cultura come di un diritto fondamentale sono numerosi. Si ricorda la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 27); la Dichiarazione americana dei diritti dell'uomo (1948) (art. XII diritto all'educazione e art. XIII diritto ai benefici della cultura); il Patto della NU sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 (art. 13 sul diritto all'educazione; art. 15, lett. a) sul diritto a partecipare alla vita culturale); la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981 (art. 17); il Protocollo addizionale alla Convenzione americana dei diritti dell'uomo (1988) artt. 13 e 14; la Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art. 17 diritto all'istruzione); la Dichiarazione universale sulla diversità culturale del 2001 che all'art. 5 enuncia che "I diritti culturali sono parte integrante dei diritti dell'uomo; sono universali, inscindibili e interdipendenti"²⁸.

²⁸Sul configurarsi della tutela della cultura sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali degli individui, v. M. Jovane, *The universality of human rights and international protection of cultural diversity*, in *Int. Journal on Minority and Group Rights*, 2007, p. 231 ss; T. Scovazzi, *La notion de patrimoine culturel*, cit., p.8 ss; F.S. Tenoire de Amorim, *La diversité des cultures et l'unité dumarché: les défis de la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, ibid., p. 355 ss; C. Campiglio, *Identità culturale*, cit., p. 235; Y. Donders, *art.cit.*, p. 118 parla di *Cultural human rights*; T. Scovazzi, *La notion de patrimoine*, cit. p. 3; F. Francioni, *Diritto internazionale, cultura e diritti umani*, in *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, cit., p. 364 ss il quale evidenzia il contrasto tra certe forme di "cultura" e i diritti umani; S. BAL, *International Free Trade Agreements and Human Rights: Reinterpreting Article XX of the GATT*, in *Minn. Journal Global Trade*, 2001; L. Bartles, *Article XX of GATT and the Problem of*

Per vero, la conv. del 2005 più che inquadrarla tra i diritti fondamentali, afferma che essa presuppone il rispetto dei diritti fondamentali. In questo modo fa intendere che il suo godimento segue il godimento di questi diritti, costituisce la naturale conseguenza dell'osservanza di tali diritti. L'art. 2, infatti, precisa che "La protezione e la promozione della diversità culturale presuppongono il rispetto dei diritti umani, delle libertà fondamentali quali la libertà di espressione, d'informazione e di comunicazione nonché la possibilità degli individui di scegliere le proprie espressioni culturali..." e si premura di affermare che le sue disposizioni "...non possono essere invocate al fine di pregiudicare le libertà fondamentali e i diritti umani, sanciti dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani o dal diritto internazionale, oppure di limitarne la portata...".

In questa veste i valori della cultura possono risultare incompatibili o in contrasto con altri diritti fondamentali. Come si concilia il principio della libertà religiosa con la tutela dell'identità culturale di un popolo in cui l'aspetto religioso può avere un ruolo fondamentale? Nel caso dell'esposizione del crocifisso nelle scuole italiane si lamentava una lesione del diritto alla libertà religiosa tutelato dalla CEDU. Davanti alla Corte di Strasburgo l'Italia a sua difesa ha sostenuto, avendo poi ragione davanti alla Grande Camera, il significato culturale di quella esposizione

Extraterritorial Jurisdiction: the Case of Trade Measures for the Protection of Human Rights, in *Journal World Trade*, 2002.

che non comportava lesione della altrui libertà religiosa. In tal modo il valore culturale è risultato vincente sul principio della libertà religiosa.

C'è, poi, il problema della tutela dei minori, come delle bambine che in certe culture vengono date in sposa, per il quale ugualmente si sollevano forti dubbi di compatibilità coi diritti fondamentali. Deve prevalere l'usanza o il diritto fondamentale della dignità della persona? Anche tra i diritti fondamentali è possibile operare una distinzione e stilare una gerarchia. Se il diritto alla vita e all'integrità fisica prevale su altri diritti, non è sempre facile fare lo stesso in altri casi²⁹. Per quanto riguarda il diritto all'identità culturale si ritiene che esso sia subalterno rispetto ai tradizionali diritti civili³⁰.

Nella attuale fase storica, nonostante l'impressionante e ammirevole lavoro svolto dall'Unesco³¹, appare, però, eccessivo parlare

²⁹ Si pensi, ad esempio, al contrasto tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca. Al diritto di rettifica con riguardo alle trasmissioni televisive fa cenno, nella parte introduttiva, R. Mastroianni, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, 2009, p. 2.

³⁰ C. Campiglio, *Identità culturale*, cit., p. 244.

³¹ Compito dell'Unesco, secondo l'art. 2, par. 2 lett. a) della sua costituzione, è *Collaborate in the work of advancing the mutual knowledge and understanding of peoples, through all means of mass communication and to that end recommend such international agreements as may be necessary to promote the free flow of ideas by word and image* Per questi riferimenti C. Renzulli, *La dimensione* 291 ss. Da questi richiami, l'A. trae elementi che dimostrano un crescente interesse verso i prodotti culturali (libri, film, cassette) la cui importanza rileva sotto il profilo della diffusione della cultura. NB si tratta di prodotti culturali che gli autori hanno interesse a vendere e i cui diritti sono oggetto di tutela da parte di convenzioni internazionali (copyright). La loro importanza sotto il profilo della diffusione della

dell'esistenza di un obbligo primario con riguardo alla protezione dell'identità culturale. A questa conclusione conduce lo stesso preambolo della Convenzione sulla protezione e la promozione delle diversità culturali del 2005 in cui è affermato che la diversità culturale "dovrebbe essere celebrata e preservata per il bene di tutti"³², e, poi, subito dopo si riconosce la necessità di (dover) prendere misure volte a "proteggere la diversità delle espressioni culturali e i loro contenuti, in particolare nei casi in cui le espressioni culturali possono essere minacciate di estinzione o soggette a gravi alterazioni".

cultura è fuori discussione ma verso i quali si possono nutrire diffidenze per il timore che diffondano e trasmettano elementi non conformi alle tradizioni etc

³² G. Poggeschi, *La "Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali" dell'Unesco entra a far parte del corpus legislativo italiano. Una novità nel panorama degli strumenti giuridici internazionali?*, in Aedon, 2007, sottolinea che il Preambolo della convenzione ricorda che "è indispensabile alla pace e alla sicurezza a livello locale, nazionale ed internazionale", è importante "per la piena realizzazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali proclamati nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e in altri strumenti universalmente riconosciuti". Inoltre è riconosciuta "l'importanza del sapere tradizionale, in particolare per quanto riguarda i sistemi di conoscenze dei popoli autoctoni", come anche la necessità di proteggere la diversità delle espressioni culturali, "in particolare nelle situazioni in cui (esse) possono essere minacciate di estinzione o gravi alterazioni", e si effettua anche un richiamo alla diversità linguistica come "elemento fondamentale della diversità culturale" ed il connesso "ruolo basilare svolto dall'educazione per la protezione e promozione delle espressioni culturali".

5. Effetti collegabili alla visione universalistica

A) il problema dell'appartenenza; B) la distruzione deliberata del patrimonio culturale mondiale come crimine internazionale?

Le conseguenze prodotte dalla visione universalistica sono diverse.

A) La prospettazione in termini di diritto–dovere della tutela del patrimonio culturale rende superflua l'indagine diretta a stabilire i criteri in base ai quali valutare il vincolo di appartenenza del patrimonio culturale materiale storico e archeologico³³.

Per quanto concerne l'attribuzione di un bene culturale a uno Stato, normalmente si adoperano, oltre i criterio territoriale, quello della continuità culturale – storica. Si tratta di criteri che, in certe situazioni e con riguardo a dati beni, appaiono chiaramente insoddisfacenti.

Se ne può uscire solo capovolgendo l'impostazione e ponendo a carico dello Stato dove si trova il sito o il bene, o di cui è cittadino l'inventore, un obbligo piuttosto che un diritto.

Secondo la visione cosmopolita, il patrimonio culturale, considerato come patrimonio di civiltà trasmesso di generazione in generazione, appartiene a tutti. Questa considerazione vale ancor più quando non c'è

³³ Per quanto riguarda i problemi relativi al patrimonio sommerso, U. Leanza, *Zona archeologica marina*, in Protezione internazionale del patrimonio culturale, cit., 41 ss; I. Papanicolopulu, *La zona contigua archeologica e la sua delimitazione* in La Protezione del patrimonio culturale sottomarino nel mare Mediterraneo, (a cura di T. Scovazzi), Milano, 2004, p. 43 ss.

continuità culturale-storica tra il bene o il sito oggetto di attenzione e la società stanziata sul territorio dove quel bene o sito si trova, come per i resti di civiltà di un passato assai remoto come a quelle degli etruschi, dei fenici; degli egizi, degli Edomiti (Petra) o ancora nel caso di Stone Age o delle pitture rupestri risalenti al neolitico, ma anche con riguardo ad età meno lontane ma per resti di una civiltà che è lontana da quella attuale (come per i resti romani nel nord africa, in Libia - Venere di Cirene- in Turchia ad Efeso o Pergamo). A chi appartiene, da un punto di vista culturale, questo patrimonio? Quale Stato o quale popolo può dire che lo sente suo, come parte della propria storica, o che si identifica in esso?

Con quale fondamento si può sostenere una continuità culturale tra realtà contemporanee e siti archeologici che si trovano in un dato territorio: tra Stonehenge e l'Inghilterra e la cultura inglese; tra il sito di Cromagnon, la Francia e la cultura francese; tra Petra e la Giordania; tra la Venere di Cirene e la Libia. In questi casi l'unico collegamento è dato dal fatto che il sito si trova in un dato posto (criterio territoriale) dove governa un dato Stato, come pure per le statue dell'isola di Pasqua, dei siti assiri, etruschi. Se oltre e più del collegamento fisico è richiesto un collegamento ideale – storico, appaiono del tutto incredibili gli argomenti adoperati dal TAR Lazio per giustificare la restituzione della Venere di Cirene alla Libia (operata dal governo Berlusconi per

ingraziarsi Gheddafi). Il TAR vide nel fatto di aver dato le origini all'imperatore romano Settimio Severo o nella presenza in quella terra di vestigia romane un legame, una continuità storica tra la statua e la Libia (incredibile!).

A chi appartiene il cannone che si trovava a bordo di una imbarcazione verosimilmente saracena che è stato trovato a largo del Circeo nel sett. 2015? (NB. Oltre al cannone si spera di trovare anche la nave. E se fosse spagnola? I saraceni non ci sono più, ma gli spagnoli sì).

A giustificazione dell'obbligo di restituzione alla Libia della Venere di Cirene il tribunale pose la conv. di Vienna sulla successione degli Stati in materia di beni, archivi e debiti di Stato (convenzione di codificazione dell' 8.4.1983) il cui art. 15 stabilisce che, al fine di preservare il patrimonio e l'eredità storico-culturale di uno Stato, vanno ritrasferiti tutti i beni mobili ed immobili appartenenti al territorio cui si riferisce la successione tra Stati e alla cui creazione il territorio dipendente avesse contribuito "in proporzione al contributo del territorio dipendente" medesimo, e, soprattutto, le regole di diritto internazionale generale operanti nel nostro ordinamento ex art. 10 cost. conformemente ad una prassi consolidatasi attraverso la conclusione dei trattati di pace nei quali viene sancito "il principio di ricostituzione dei singoli patrimoni culturali nazionali" sottratti durante le guerre terrestri.

Il tribunale respinse l'argomento dell'insussistenza di elementi che potessero giustificare la ricollocazione del reperto in Libia perché non rappresenterebbe il suo "contesto culturale di appartenenza" appartenendo, esso, all'arte europea (!) piuttosto che all'arte islamica, e quello di contribuire ad una dissennata politica di depauperamento del patrimonio artistico-archeologico nazionale. Il Collegio ritenne che gli importanti insediamenti di epoca romana in Libia, che dette i natali persino all'imperatore romano Settimio Severo e la importante attività artistica del periodo alessandrino potessero giustificare, invece, quella ricollocazione e che la restituzione dei beni culturali sottratti a seguito di eventi bellici potrebbe contribuire, al contrario, a promuovere la restituzione da parte di altri paesi all'Italia di reperti che sono stati a noi sottratti.

Invero, se in certi casi è ancora sostenibile una continuità con un dato Paese (Spagna) come nel caso del galeone spagnolo *Nuestra Señora de Atocha* affondato nel 1622 a causa di un uragano al largo delle isole Keys Florida, non si può fare altrettanto per le navi fenicie finite in fondo al mare o per i bronzi ritrovati nelle acque di Riace. Di questi si può solo stabilire una datazione storica e una collocazione geografia culturale (appartenenza alla civiltà ellenistica). A chi appartiene storicamente e culturalmente la sacra Sindone? Il riferimento geografico è fuorviante. Se un domani l'ISIS dovesse mai affermarsi in

tutto il medio oriente e a Gerusalemme potremo aderire ad una sua richiesta di restituzione della Sindone perché originaria di quel posto? Che senso ha la pretesa dello Stato nelle cui acque territoriali si trova un dato relitto storico se non sussiste anche un collegamento “culturale”? Secondo la visione cosmopolita quel patrimonio è di tutti; è dell’umanità intera a prescindere da chi governa oggi il territorio su cui si trova. Questo governo ha, semmai, più di tutti il dovere di tutelarlo, di proteggerlo, di preservarlo e di renderlo fruibile a tutti

B) si è prospettato che un’altra conseguenza sia la configurazione come crimine internazionale della distruzione sistematica di beni culturali e religiosi, considerati simboli di una identità culturale di un popolo. Purtroppo atti di questo genere sono frequenti e si ripetono³⁴. Anche

³⁴ Molti casi sono ricordati da A. Vigorito, *La dimensione culturale della mens rea e dell’actus reus del crimine di genocidio*, in Globalizzazione e pluralità delle fonti giuridiche: un duplice approccio. Liber discipulorum, Napoli, 2012, p. 349 in cui le distruzioni si inquadrano all’interno di disegno di colpire un gruppo nazionale nei suoi simboli, nella sua storia, nella sua cultura. Tra questi i crimini commessi in Cambogia da Pol Pot negli anni ’70, o quelli perpetrati in danno dai tibetani dalla Cina a partire dagli anni ’50. Inserendosi all’interno di un programma finalizzato alla distruzione dell’identità culturale di un popolo questi fatti sono stati analizzati all’interno della nozione di genocidio. La tesi che le distruzioni dei simboli culturali potessero essere qualificate come genocidio non è stata condivisa dal Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia (TPIJ) nel caso Krstic (secondo il quale nella nozione rientra solo la distruzione fisica dei membri di un gruppo e non anche i loro simboli culturali. Analoga posizione è stata tenuta anche dalla CIG nel caso Bosnia Erzegovina contro Serbia Montenegro nel 2007 (A. Vigorito, *La dimensione*, cit., p. 350 ss)

recentemente si registrano episodi del genere. Basti pensare alle distruzioni di siti archeologici, come quello di Palmira in Siria, ad opera dell'ISIS, autoproclamatosi Stato islamico. Si tratta di siti e reperti archeologici di sommo valore storico e culturale che non sono il simbolo di una cultura vivente (come lo sono le chiese e i templi di culto) ma il retaggio di civiltà antiche e scomparse. Grande scalpore presso l'opinione pubblica internazionale suscitò un decennio fa la distruzione da parte dei Talebani delle statue di Budda nella valle del Bamiyan in Afghanistan³⁵. Per quanto riguarda le distruzioni ad opera dell'ISIS, il presidente francese Hollande, parlando a Riga dove era convocato il Vertice europeo nel maggio 2015 ha dichiarato "Dobbiamo agire per difendere il patrimonio culturale dell'umanità ...".

Al riguardo si è parlato di 'genocidio culturale'. In effetti, come tale era stato previsto nei due progetti che avevano preceduto il testo finale della convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio adottato nel 1948. Il testo finale della convenzione non ha

³⁵ Come riportava *France Press* questa distruzione, praticata nella primavera del 2001, fu realizzata « in base al verdetto del clero e alla decisione della Corte Suprema dell'Emirato Islamico, tutte le statue in Afghanistan devono essere distrutte. Tutte le statue del paese devono essere distrutte perché queste statue sono state in passato usate come idoli dagli infedeli: Sono ora onorate e possono tornare ad essere idoli in futuro, Solo Allah l'Onnipotente merita di essere adorato e niente e nessun altro".. Tutti gli inviti e le pressione da parte ella comunità internazionale risultarono vani e restò senza esito finanche la Risoluzione dell'AG dell'NU 55/243 del 9 marzo 2001 che notava "que la destruction des statues en Afghanistan, en particulier des sculpture bouddhiques de Bamiyan qui sont inique au monde, serait une perte irréparable pour l'humanité toute entière".

considerato, invece, questa fattispecie³⁶. La prassi dei tribunali internazionale ha escluso la possibilità di far rientrare questa fattispecie all'interno della nozione di genocidio, rimandando ad altre norme internazionali (v. sentenza nel caso Bosnia Erzegovina c. Serbia Montenegro deciso dalla CIG). Questo non esclude, tuttavia, che si possa trattare di altro crimine internazionale. La distruzione o il danneggiamento intenzionale tra l'altro di monumenti storici, opere d'arte in tempo di guerra, rientra tra i crimini di guerra ai sensi dello Statuto della Corte penale internazionale (art. 3, lett. d)³⁷. Per le

³⁶ Sul punto v. A. Vigorito, *"La dimensione culturale"* cit., p. 344 ss ricorda come i due progetti avessero considerato tra gli atti idonei a configurare il crimine di genocidio la distruzione sistematica di monumenti storici o religiosi o la loro utilizzazione ad altri fini, e la distruzione o dispersione di documenti, oggetti di valore storico o religioso, nel primo, e la distruzione o l'impedimento all'usi di biblioteche, musei, scuole, monumenti storici, posti di worship o altre istituzioni culturali, nel secondo

³⁷ Al tema della distruzione intenzionale del patrimonio culturale l'Unesco ha promosso l'elaborazione di una apposita Dichiarazione che è stata adottata dalla sua Conferenza Generale il 17 ottobre 2003 Doc. 32C/25 du 17 juillet 2003, Commentaire par. 9. A questo atto, peraltro non vincolante, che presenta notevoli limiti tali da apparire un arretramento rispetto a quanto già esistente sul piano del diritto internazionale è stato attribuito un valore più politico che giuridico (per le critiche v. T. Scovazzi, *La notion de patrimoine*, cit. p. 124 ss). Problema ulteriore riguarda il tipo di reazione che gli Stati possono porre in essere in una situazione di questo tipo. A riguardo mi limito a richiamare il Progetto di articoli della Commissione di Diritto Internazionale sulla responsabilità dello Stato del 2001 che agli artt. 40 e 41, riferendosi alla violazione grave da parte dello Stato di un obbligo derivante da una norma imperativa del diritto internazionale generale (e ritenendo tale la violazione sia grave quando si tratta di una violazione evidente e sistematica del dovere di adempiere a un obbligo) stabiliscono che gli Stati devono cooperare per porre fine con mezzi leciti alla sua violazione.

distruzioni commesse in tempo di pace si è parlato di crimini contro l'umanità³⁸.

6. La concezione *universalistica* non ha soppiantato del tutto la concezione *individualistica* che trova ancora riscontro nella prassi

La nuova concezione cosmopolita che mira alla difesa del patrimonio culturale universale non ha sostituito del tutto la precedente (romantico-nazionalistica) la quale continua ancora a manifestarsi. Le stesse convenzioni che seguono la concezione cosmopolita, nel mentre aprono ad una visione universale consentono pure che gli Stati si trincerino a difesa della propria cultura. Ciò avviene anche nella conv. del 2005 dove, alla tutela della diversità culturale, si accompagna la difesa della propria identità. Questo doppio richiamo alla diversità culturale che evoca la difesa di tutte le identità (tra le quali vi è anche la "mia") e il richiamo all'identità, cioè direttamente alla propria identità culturale, costituisce un suo dato caratterizzante. Intorno alla dicotomia: interventi *uti singuli* e interventi *uti universi* è possibile

³⁸ F. Francioni, *Au delà des traités: l'émergence d'un nouveau droit coutumier pour la protection d upatrimoine culturel*, in RGDI, 2007, p. 19 ss.; Id., *Diritto internazionale, cultura e diritti umani*, in *Diritto internazionale e pluralità delle culture*. Convegno SIDI, Napoli 13-14 giugno 2013 (a cura di G. Cataldi e V. Grado), Napoli, 2014, p. 364 s. parla di genocidio culturale; A. Vigorito, *La « dimensione culturale »*, cit., p. 341ss.

inquadrare una serie di aspetti che interessano l'azione degli Stati in materia.

Questo vuol dire che la concezione universalistica non ha sostituito del tutto la precedente che resta in piedi insieme ad essa, la arricchisce e tutto sommato la completa.

L'identità culturale, propria di ogni popolo emerge, infatti, sia come proprio valore da proteggere e da sostenere sia come valore esterno da rispettare.

L'internazionalizzazione della tutela del patrimonio culturale non è in contrapposizione all'azione dei singoli Stati a difesa del loro patrimonio e della loro cultura che può avere riflessi anche sul piano degli obblighi assunti sul piano internazionale.

Le modalità con le quali gli Stati operano a difesa della propria cultura sono diverse, agendo ciascuno di essi secondo le proprie concezioni e in funzione dei propri interessi ³⁹.

Nel campo commerciale, come si vedrà, alcuni Stati, come gli Usa, hanno una idea estremamente spinta della libera circolazione dalla quale non sono esclusi i prodotti culturali. Questa idea è diversa o

³⁹F.S.Tenoire de Amorim, *La diversité des cultures* cit., p. 381; K. V. Mulcahy, *Globalisation et culture. Le cas de Canada et d'Etats-Unis d'Amérique*, in *Journal for Communication Studies*, 2010, p. 152, rileva, ad esempio, che *For the United States, culture is judged generally to be a sidebar in the spectrum of politics among nations, as cultural expression is more often considered to be a commodity than a value of identity*,

antitetica a quella degli Stati che temono, invece, di vedere la propria cultura sopraffatta dalla globalizzazione. Gli Stati ricchi di patrimonio culturale storico, artistico archeologico (secondo l'espressione tradizionalmente adoperata nel diritto dell'UE e ripetuta ora dall'art. 36 TFUE, alla quale corrisponde quella di tesori nazionali aventi un valore artistico, storico o archeologico dell'art. XX, lett. f) GATT) temono di perderlo e vorrebbero trattenerlo. Gli Stati che ne sono privi ma che dispongono di mezzi finanziari e che hanno interesse ad acquisirlo per farne mostra nei loro musei e nelle loro raccolte pubbliche e private (proprio perché interessati alla cultura) seguono una politica ispirata a principi liberistici e non protezionistici.

Per quanto concerne le misure a tutela della propria cultura che si traducono in comportamenti difensivi e di chiusura (visione "nazionalistica-romantica-uti singuli") esse si manifestano anche nel campo dei conflitti di leggi laddove l'ordinamento impedisce il riconoscimento di situazioni sorte all'estero che siano in difformità con i propri valori culturali e nega l'applicazione di norme straniere non conformi ad essi. Questa esigenza si manifesta soprattutto in materia di rapporti personali e familiari la cui disciplina risente di riferimenti etici e religiosi che impediscono una facile apertura ad esperienze giuridiche diversamente orientate (si pensi alle unioni civili, ai matrimoni omosessuali, alla poligamia, alla kafalh). Questa chiusura trova

espressione nell'eccezione di ordine pubblico, previsto dalla legge ma il cui contenuto è rimesso all'apprezzamento dei giudici, che funziona sia nei riguardi di norme straniere che in tema di riconoscimento delle decisioni straniere⁴⁰, in quanto nessun ordinamento è disposto ad aprirsi agli altri fino al punto di stravolgere i principi sui quali si fonda. In alcuni casi si registrano situazioni molto più spinte. Negli USA, alcuni *States*, ad esempio, hanno introdotto espressi divieti all'applicazione di norme straniere impregnate di significati religiosi, come la Sharia (Oklaoma *Save Our State Amendment* alla costituzione del 2010; Arizona con *Arizona Foreign decision act* del 2011)⁴¹.

⁴⁰J.Y. Carlier, *Diversité culturelle et droit international privé. De l'ordre public aux accommodements reciproques ?*, in *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, cit, p. 125 ss. Gannagé, *Les méthodes du droit int privé à l'épreuve des conflits de cultures*, in *RCADI*, 2013, t. 357, p. 223 ss.

⁴¹Su ciò C. Campiglio, *Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli Statutari ai nostri giorni*, in *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, cit., p. 101. Questo è un aspetto di un atteggiamento più generale che vuole l'ordinamento interno impegnato nella chiusura dell'ordinamento interno a difesa dei valori della tradizione che talora si spinge fino ai casi dello Stato dell'Indiana o dell'Arkansas nei quali nel marzo 2015, sono state approvate delle leggi (*Religious Freedom Restoration Act*), che, peraltro, si è pensato subito di modificare, che consentono ai prestatori di servizi, per ragioni religiose e personali, di rifiutarsi di offrirli a gay, lesbiche ecc. (obiezione di coscienza). Anni fa il presidente Clinton aveva tentato, senza riuscirci, di far introdurre una normativa per consentire ai nativi americani di seguire l'usanza di consumare in certe cerimonie una sostanza ritenuta droga.

La tutela della diversità e la difesa della propria identità non devono apparire due concetti contraddittori⁴².

Nel suo Preambolo, par. 9, la Convenzione Unesco del 2005 richiama il carattere mutevole della cultura, la quale assumendo "forme diverse nel tempo e nello spazio" viene riflessa "nell'originalità e nella pluralità delle *identità*, così come nelle *espressioni culturali* delle società e dei popoli umani".

La conciliazione tra la difesa della propria cultura e la tutela della altrui diversità culturale: dipende molto dall'apertura, dalla disponibilità e dalla tolleranza che ispira l'ordinamento interessato. In ogni caso esiste pur sempre un punto di rottura. Lo possiamo spostare più in là come si usa fare con l'ordine pubblico considerando l'evoluzione in corso nella comunità degli Stati o le pressioni della corte EDU, ad esempio, che, a sua volta fa ampio uso del criterio del bilanciamento (margine di apprezzamento). Nelle convenzioni internazionali bisogna accertare i limiti entro cui vale l'obbligo all'apertura, alla tutela dell'altrui diversità,

⁴² A. Ferri, *la costituzione culturale*, cit. p. 30, 33; S. Regourd, *A proposito dell'eccezione culturale* in www.attac.it del 20 giugno 2003, sembra scettico. A proposito dell'eccezione culturale dice che il sofismo ormai alla moda e che apparentemente permette di celare simili contraddizioni consiste, secondo alcuni sostenitori della tesi della diversità culturale, nel precisare che "l'eccezione culturale" non sarebbe che un mezzo per garantire la diversità culturale. Y. Donders, *art. cit.*, p. 108, parla di paradosso. Sulla distinzione tra difesa dell'identità culturale e tutela della diversità culturale v. anche C. Campiglio, *Identità culturale*, cit, p. 235.

perché, al di là di quanto superficialmente può sembrare, le diversità culturali di cui parlano sono quelle relative alle proprie minoranze, alle minoranze presenti nello Stato e che un tempo riguardavano solo quelle storiche e stabili (c.d. minoranze nazionali, come per es. quelle alto atesine, quelle ladine, valdostane, o quelle albanesi del sud Italia, quelle basche per la Spagna, quelle albanesi in Serbia, ecc.) e che si vorrebbe estendere anche alle nuove minoranze rappresentate dagli immigrati di recente data.

Capitolo Secondo

L'incidenza dell'identità culturale nel commercio internazionale

SOMMARIO. 1. I prodotti culturali e le norme sul commercio internazionale delle merci e dei servizi. 2. La difesa dei valori culturali. Misure di protezione (chiusura al mercato) e misure di sostegno. 3. Sul rapporto conflittuale tra cultura e commercio. 4. Il rilievo delle esigenze culturali nel regime del commercio internazionale. 5. Il sistema Omc. Le eccezioni Gatt e Gats. Interpretazione restrittiva. 6. Il test di necessità. 7. Sulla prassi. Il ricorso alla distinzione tra merci e servizi al fine di sfruttare la normativa più favorevole. 8. Il richiamo alla morale. 9. Segue. Sui possibili rimedi. 10. La convenzione Unesco del 2005 sulla diversità culturale. 11. Segue. Dalla eccezione culturale alla diversità culturale. 12. L'impatto della convenzione sul regime Omc. 13. Come può risolversi il conflitto tra convenzione e Omc? 14. La prassi successiva alla convenzione del 2005

1. Nel precedente capitolo è stata considerata l'evoluzione della normativa internazionale avente ad oggetto i beni culturali e, più in generale, il patrimonio culturale. Si è visto come da una prima e limitata tutela approntata per i beni artistici, storici ed archeologici in tempo di guerra, l'interesse del diritto internazionale sia cresciuto fino a considerare oggetto di protezione il patrimonio culturale mondiale, nella sua dimensione materiale ed immateriale, per giungere, da ultimo, ad affermare il principio del rispetto delle diversità culturali.

Cercheremo, ora, di esaminare il rilievo che le problematiche legate ai beni culturali e, più in generale, alla cultura hanno avuto nella disciplina del commercio internazionale che, in un contesto caratterizzato da un

meccanismo negoziale permanente⁴³, tende alla liberalizzazione dei traffici delle merci e dei servizi con la graduale riduzione ed eliminazione degli ostacoli (tariffari e non tariffari, come le restrizioni quantitative, i trattamenti discriminatori, etc).

In questa prospettiva è fortemente avvertita la preoccupazione che l'applicazione, senza adeguate misure di protezione, ai beni culturali e ai prodotti culturali delle regole del commercio internazionale possa produrre conseguenze negative sui valori, sulla cultura e sulle tradizioni dei singoli Stati ⁴⁴. Il problema riguarda non tanto (o non solo) i beni

⁴³V., tra gli altri, *L'organizzazione mondiale del commercio*, a cura di G. Venturini, Milano, 2015, p. 3 ss; P. Picone e A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002; F. Galgano e F. Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2007. Si pensi che all'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (GATT) del 1947 sono seguiti infatti una serie di cicli (Round) nel corso dei quali sono stati negoziati accordi tariffari e commerciali multilaterali. Questa prassi continua ancora oggi dopo la creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC). Sotto questo profilo basti pensare ai cd Doha Round e come agli incontri e alle intese raggiunte dai membri dell'Omc a Doha nel 2001 di cui il c.d. *Doha Development Agenda*, sono seguiti altri incontri come la Conferenza di Cancun del 2003, la Conferenza di Hong Kong del dicembre 2005, e ancora i negoziati di Doha del 2013 in cui sono stati raggiunti alcuni risultati, ratificati anche dall'UE consistenti nel WTO Trade Facilitation Agreement definito the first major multilateral deal in years, expected to significantly simplify and modernise customs procedures around the world...

⁴⁴ Sui rischi di sopravvivenza che corrono le culture deboli a causa della circolazione incontrollata di "modelli culturali stranieri forti" e per effetto dei principi di non discriminazione (clausola della nazione più favorita, secondo cui qualsiasi trattamento più favorevole accordato da uno Stato a prodotti, merci o servizi provenienti da un altro Stato, deve essere esteso a qualsiasi altro Stato per prodotti simili), del trattamento nazionale (che li obbliga a trattare i prodotti stranieri e i loro produttori, come i loro prodotti nazionali, i loro stessi cittadini); del divieto di

storici, artistici e archeologici⁴⁵, per i quali la liberalizzazione del commercio facilita la loro alienazione ed esportazione con conseguente perdita del patrimonio nazionale⁴⁶, quanto la circolazione dei *prodotti (e dei servizi) culturali*.

effettuare interventi a sostegno delle produzioni nazionali (eliminando o riducendo le barriere commerciali non tariffarie quali il dumping, le sovvenzioni le restrizioni quantitative) v. M. Footer e C.B. Graber, *Trade Liberalisation and Cultural Policy*, in *Journal International Economic Law*, 2000, p. 115 ss; R.J. Neuwirth, *The Future of the 'Culture and Trade Debate': a Legal Outlook*, in *Jour of World Trade*, 2013, p. 391 ss.; E. Psychogiopoulou, *The External Dimension of EU Cultural Action and Free Trade: Exploring an Interface*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2014, p. 66 che vede nella libertà di commercio un rischio “for less viable cultures and cultural operators, which may lead to the suppression of genuine cultural choice”; K.V. Mulcahy, *Globalisation et culture. Le cas de Canada et Etats-Unis d’Amerique*, in *Jour for Communication Studies*, 2010, p. 151 ss; S. Regourd, *A proposito dell’eccezione culturale*, in., www.attac.it (2003). *Contra*, tra gli altri, F. Scott Galt, *The Life, Death and Rebirth of the « Cultural Exception »*., p. 909 ss che riporta criticamente “i luoghi comuni” sul pericolo di una americanizzazione. Tutto sommato critico sulla contrapposizione tra cultura e commercio è anche R.J. Neuwirth, cit, che nota come storicamente l’attività culturale (soprattutto la pittura) aveva un chiaro intento lucrativo e sostiene la possibilità che si trovi un equilibrio tra i due momenti.

⁴⁵ A questi beni, come si è visto, si riferiscono le convenzioni internazionali sul diritto di guerra (l’art. 1, lett. a) della conv. del 1954 sulla protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato considera i lavori artistici, i manoscritti, i libri e gli oggetti d’arte, le collezioni ecc.) e non solo queste (in questi termini si esprime l’art. 36 TFUE, l’art. XX, lett. f) Gatt). Tra i beni storici rientrano anche i manoscritti (es. l’originale della Dichiarazione di indipendenza, o gli originali della Magna Charta, o dei Promessi Sposi)

⁴⁶La loro commerciabilità, infatti, è rimessa alla decisione dei singoli ordinamenti e, in caso di illecita esportazione, sono previsti, come si è visto nel cap. precedente, dei meccanismi di garanzia. La particolare tutela di questi beni da parte dell’ordinamento è risalente. Già nell’antichità si è avvertito il bisogno di assoggettare i beni culturali a regimi speciali . Come ricorda R.J. Neuwirth, *The Future*, cit. già nel secondo libro delle sue *Institutiones* Gaio annotava che le cose sacre, le cose

Questi non si identificano con i beni culturali appena citati. In genere, non si tratta nemmeno di manufatti aventi un particolare pregio estetico. Essi si caratterizzano per il loro contenuto culturale in quanto fanno da supporto a testi musicali, letterari, scientifici, etc. che, per mezzo loro, possono essere agevolmente comunicati, trasmessi e diffusi. Si pensi ai libri, alle riviste, agli spartiti musicali, alle cassette DHV, ai CD, alle *Pendrives* e a tutto quanto può servire per trasmettere dati⁴⁷. Non si tratta di beni rientranti nella definizione classica di patrimonio culturale ma hanno a che fare con la cultura avendo (o potendo avere) un contenuto culturale. Grazie ad essi, i loro contenuti raggiungono un pubblico vastissimo. Tra l'altro, la caratteristica di questi prodotti è di essere riproducibili su larga scala e di avvalersi sempre più delle possibilità tecnologiche della digitalizzazione⁴⁸. Si

religiose, le cose sante (*res sacrae, res religiosas, res sanctae*) tra le *res extra commercium* non potevano essere oggetto di compravendita, in quanto assoggettate al diritto divino (*res divinae iuris*) (si tratta di cose assimilabili ai beni culturali). Nell'alto medioevo la bolla del 1462 di papa Pio II dettava regole che proteggevano i beni culturali. Lo stesso avvenne anche a Firenze nel periodo rinascimentale (v. R.J, Neuwirth, *The Future*, cit., p. 394). Nei tempi attuali gli Stati hanno sovente adottato misure restrittive dell'esportazione di beni appartenenti al loro patrimonio artistico e introdotto limiti alla loro circolazione

⁴⁷ L'istituto di statistica dell'Unesco riferendosi ad essi (anche se li chiama beni culturali) li definisce "beni di consumo che veicolano idee, valori simbolici e modi di vivere .." Così, in *Échanges internationaux d'une sélection de biens et services culturels*, 1994-2003, a cura de L'institut de statistique de l'Unesco, <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001428/142856f.pdf>

⁴⁸ A. Oriolo, *Patrimonio digitale: guide lines internazionali e strategie dell'Unione europea di accessibilità, diffusione e protezione dei beni culturali e scientifici nell'era*

tratta di prodotti che rivestono una importanza fondamentale per la diffusione delle conoscenze e della cultura e, sotto questo profilo, sono stati sempre visti con favore⁴⁹. Quando, poi, il contenuto culturale non si serve di un supporto materiale ma è comunicato direttamente ai fruitori (spettacoli dal vivo, come le commedie teatrali, le rappresentazioni di opere liriche o i concerti musicali,) oppure utilizza altre vie di diffusione, quali la radio, la TV, internet etc., si parla di *servizi culturali*⁵⁰. Sia i prodotti che i servizi culturali sono al centro del nostro problema.

digitale, in Studi integrazione eur., 2010, p.433 ss. si sofferma sul ruolo e l'importanza dei supporti utilizzati e utilizzabili per la conservazione, la diffusione la protezione del patrimonio scientifico e culturale e si ricordano le fonti internazionali che se ne occupano e che danno ampio risalto al fenomeno tra cui la *Charter on the Preservation of Digital Heritage*, adottata dalla conferenza generale dell'Unesco il 15 ottobre del 2003).

⁴⁹ Il favore verso i prodotti culturali indusse già nel 1950 alla stipulazione, sotto l'egida dell'Unesco, dell'Accordo di Firenze sull'importazione di oggetti di carattere educativo, scientifico e culturale avente l'intento di agevolare la loro circolazione. Ma anche prima, nel 1933, nell'ambito della Società delle Nazioni, era stata adottata una Convenzione diretta a facilitare la libera circolazione di film educativi (v. L. Richieri Hanania, *op. cit.*, p. 98). Da ultimo si consideri la convenzione Unesco sulla diversità culturale del 2005, Annesso II, punto 12 dove si incoraggia la produzione, la salvaguardia e la diffusione di "diversified contents in the media and global information networks ... public radio ..".

⁵⁰ Si consideri poi che la distinzione non è sempre facile e non sono mancati casi di controversie portate all'esame di organi di soluzione in cui si è dato un inquadramento diverso.

2. Per quanto riguarda più propriamente i prodotti culturali, si ritiene che essi, pur potendo avere un valore commerciale⁵¹, debbano essere sottratti al regime delle merci e alla pura logica del mercato e del profitto.

Anche se nessuno dubita dell'insostituibile ruolo che svolgono per la diffusione delle conoscenze e del sapere, si ritiene del tutto ammissibile l'introduzione di alcuni limiti giustificati dalla necessità di proteggere i valori interni che potrebbero essere lesi da un regime impostato su principi di libera circolazione, così come misure di sostegno delle industrie culturali interne⁵². Il pericolo maggiore che in questo campo si corre, e che si vorrebbe scongiurare, riguarda il colonialismo culturale al quale può andare incontro una comunità che non adotti adeguate misure di protezione. E' una preoccupazione

⁵¹ Nel suo considerando XVIII, la conv. Unesco del 2005 sulla diversità culturale precisa "*Being convinced that cultural activities, goods and services have both an economic and a cultural nature, because they convey identities, values and meanings, and must therefore not be treated as solely having commercial value*". S. Regourd, cit., evidenzia come il sostegno finanziario pubblico all'industria cinematografica e audiovisiva francese abbia permesso, con meccanismi diversi (aiuti automatici, aiuti selettivi) di continuare ad esistere, laddove l'applicazione di regole ordinarie di scambio merci non avrebbe portato ad altro che a lasciar esistere, essenzialmente, solo il cinema americano, come già accade - purtroppo - nella maggioranza dei paesi europei. Nella stessa logica, le quote riservate dalla televisione alle opere nazionali e europee sono, è evidente, direttamente antinomiche ai principi del libero scambio globalizzato dato che non hanno altro fine se non esattamente quello di impedire l'egemonia delle produzioni americane. Sul problema del commercio internazionale delle opere d'arte v. l'ampia trattazione di K. Siehr, *International Art Trade and the Law*, in *RCADI*, 1993 (243), p. 9 ss.

⁵² Cfr. M.E. Footer e C.B. Graber, *art. cit.*, p. 115 ss.

particolarmente sentita in certi contesti, come ad quello canadese (ma non solo), in cui l'invasione "culturale" statunitense, con tutta la preponderante forza economica che la sostiene, è un dato di fatto⁵³.

Se, nel tempo della globalizzazione e di internet la omologazione dei gusti, delle tendenze e dei modi di pensare costituisce un esito in buona misura preventivabile essendo legato alla rapidità e alla facilità con cui si trasmettono i "messaggi" culturali e le tendenze, esiste, di contro, l'interesse a difendere la propria cultura e a non lasciare che venga sopraffatta da modelli stranieri in un contesto caratterizzato dalla presenza, soprattutto nel campo degli audiovisivi, della musica e del libro, di importanti e fortissimi gruppi economici che nel mercato hanno una posizione di assoluto rilievo⁵⁴. Il problema riguarda semmai i criteri

⁵³ K. V. Mulcahy, *Globalisation and culture*, cit. p.151 ss

⁵⁴ L. Richieri Hanania, *Diversité culturelle et droit international du commerce*, Paris, 2009, p. 199. L'opinione che l'intensificarsi della globalizzazione, favorita dalla rivoluzione tecnologica, rischi di produrre conseguenze talvolta sgradite è ampiamente diffusa. A. Giddens, *Globalization, inequality, and the social investment state*, in *World Culture Report. Cultural diversity, conflict and pluralism*, Unesco Publishing 2000, p. 58 parla di nuove diseguaglianze prodotte dalla globalizzazione. "The intensifying of globalization has been deeply influenced by the information technology revolution, while the knowledge economy itself is becoming globalized. At the same time the rapid diffusion of information dissolves tradition and custom, en forcing a more active, open approach to life. Fostering more rapid scientific innovation, globalization contributes directly to the creation of new risk situations; it places a premium upon the effective management of both the dynamic and the threatening sides of risk-taking. Countries and individuals differ widely in their capacity to cope with these challenges. Globalization thus produces 'winners' and 'losers', and becomes a source of new inequalities."

cui rifarsi per stabilire quando gli interventi di tutela e di chiusura che uno Stato pone in essere sono ammissibili.

Anche se la preoccupazione che i valori culturali interni subiscano contaminazioni o alterazioni riguarda in primo luogo i prodotti e i servizi culturali, non è che nei confronti dei beni culturali “propri”, cioè quelli storici, artistici etc. non possa essere manifestato lo stesso timore e non possano essere adottate misure di chiusura. Non mancano, infatti, casi in cui misure restrittive hanno riguardato opere d'arte e di cui sia stata vietata l'esposizione o ne sia stata ordinata la distruzione⁵⁵, o siano state vietate certe forme artistiche perché contrarie alle tendenze ufficiali (alla c.d. 'arte di regime'). Non c'è dubbio, però, che i problemi maggiori sono posti dalla circolazione dei prodotti culturali che veicolano le idee. Già nei secoli passati si cercava di impedire la diffusione di certe idee intervenendo sulla circolazione dei libri che l'invenzione della stampa aveva reso più facile.

⁵⁵Purtroppo anche ai nostri giorni le cronache ci raccontando di episodi di questo genere e le immagini televisive danno conto della distruzioni di questi beni artistici (mobili o immobili) da parte, ad esempio, dell'ISIS. La storia è ricca di episodi in cui alla conquista di territori segue la distruzione di effigi, immagini, monumenti che esprimono la cultura o la religione dei vinti.

3. E' opinione diffusa, ma non per questo necessariamente corretta, che tra cultura e commercio vi sia un "difficile" rapporto conflittuale destinato ad acuirsi sempre di più in un mercato aperto e caratterizzato, come è quello attuale, da un enorme squilibrio a favore di grandi gruppi dotati di enormi mezzi finanziari e capaci, quindi, di imporre determinati modelli culturali. All'interesse a favorire la circolazione dei prodotti commerciali per il ruolo che svolgono⁵⁶, si contrappone, come detto, l'interesse a difendere i valori culturali interni minacciati di estinguersi⁵⁷.

⁵⁶ Per agevolazioni in campo fiscale, v. l'*Agreement for Facilitating the International Circulation of Visual and Auditory Materials of an Educational, Scientific and Cultural Character* del 1948 che, con l'intento di facilitare la circolazione di questi prodotti, considerati strumenti indispensabili per la diffusione delle conoscenze, per la comprensione tra i popoli e il benessere, li sottopone a un trattamento fiscale di favore; e poi la *Convention Concerning the International Exchange of Publication* del 1958 avente ad oggetto il trattamento delle pubblicazioni di natura educativa, giuridica tecnico scientifica, culturale ed educativa oltre ad altri atti di *soft law* (per questi riferimenti v. Renzulli, *La dimensione*, cit., p.294).

⁵⁷ Sul punto v. , T. Scovazzi, *Le patrimoine culturel*, p. 111; R.J. Neuwirth, *The Future of the 'Culture and Trade Debate': A Legal Outlook*, in *Journal of world trade*, 2013, p. 391 ss; Id., *The cultural Industries in International Trade Law: Insights from the Nafta, the Wto and the UE* (Dr Kovac 2006), p. 7 "...the concept of culture has been and continues to be perceived as being principally incompatible with the values free trade"; I. Bernier, *Trade and Culture*, in *The Kluwer Companion to the WTO*, Amsterdam 2003; Richieri Hanania, *op. cit*, p. 30 ss M.E. Footer e C.B. Graber, *Trade Liberalization and Cultural Policy*, in *Jour of Int Ec Law* 2000, p.115 ss.

Di contro si sostiene, invece, che i prodotti culturali non sono altro che prodotti commerciali e che non ci sono ragioni per sottrarli al regime delle merci. Più che prodotti aventi un contenuto “culturale” si è fatto rilevare che nella maggior parte dei casi si tratta di prodotti di intrattenimento, ovvero prodotti che appartengono al c.d. *entertainment market*. Si tratterebbe di “divertissement ... et non de “culture”⁵⁸.

Secondo questa visione, un divieto totale e generalizzato alla libera circolazione, e quindi all’importazione, di questi prodotti senza tener conto della loro effettiva qualità “culturale” genera parassitismi e non favorisce la cultura. Un mercato chiuso a questo tipo di prodotti equivale ad un mercato chiuso alle idee e alla loro circolazione. Esso facilita produzioni di scarso valore e produce un abbassamento del livello culturale complessivo.

Invero, quando nei trattati si fa riferimento alle industrie culturali e si prevedono regimi speciali si segue una impostazione formale e non si tiene conto in alcun modo della effettiva qualità culturale dei prodotti che realizzano ma solo del fatto che operano in settori culturalmente sensibili. D’altronde, quali sono i parametri per stabilire se un film ha o no valore culturale?

⁵⁸ Su queste distinzioni, L. Richieri Hanania, *op. cit.*, p. 30.

Questa posizione è stata sostenuta in primo luogo dagli USA secondo i quali *the so-called cultural industries (film, radio, television, book publishing, magazines and sound recordings) are part of the entertainment/media industry. From a trade policy perspective, these sectors are treated in the same way as any other commercial activity, no differently than, say, steel or autos.*

Measures or policies which are implemented around the world in the name of promoting or protecting culture, but which end up restricting the movement of cultural products from one country to another, are viewed very critically by the United States.

Ma anche altri Stati, come ad es. il Giappone, sono favorevoli ad essa.

4. Il rilievo delle esigenze culturali nel regime del commercio internazionale

Lo scontro tra queste due visioni antitetiche e contrapposte, che portano a una scelta netta tra chiusura e apertura, è abbastanza risalente. Emerse già nel periodo immediatamente posteriore al secondo conflitto mondiale, quando prese l'avvio il processo di liberalizzazione del commercio internazionale. Nell'ambito del Gatt (1947), su pressione della Francia furono previste delle eccezioni alla

liberalizzazione⁵⁹, con limitato riferimento ai film e all'industria cinematografica che vennero esclusi dalla regola generale del trattamento nazionale e dal regime sulle restrizioni quantitative.

L'art. III, n. 10 stabiliva che "Le disposizioni del presente articolo non impediranno ad una parte contraente di adottare o mantenere una regolamentazione quantitativa interna sulle pellicole cinematografiche impressionate, conforme alle prescrizioni dell'art. IV". L'art. IV dal titolo "Disposizioni speciali relative alla pellicole cinematografiche", a sua volta, consentiva agli Stati di fissare contingenti alla proiezione di film (cd *screen quotas*)⁶⁰. In questo modo si assicurava un vantaggio alle

⁵⁹Come riportato in Wikipedia, voce *Cultural exception* "France has been especially notable in pursuing the policy of cultural exception and its stance has sometimes attracted criticism. It was pursued by [André Malraux](#) in the post-second world war period when he was French minister of culture. In each branch of culture there is an automatic subsidy system for creative works". La Francia è stata sempre vigile su queste questioni. Anche in sede di negoziato del Multilateral Agreement on Investments (MAI) si è battuta per l'inserimento di eccezioni alle regole del libero mercato per la tutela della cultura, della salute pubblica, dell'ambiente, dei diritti sociali, suscitando interessi e condivisioni anche in altri paesi Australia, Canda, India, Nuova Zelanda. G.A.Cano, *The MAI: on the threshold of a cultural war?*, in *World Culture Report, Cultural Diversity. Conflict and Pluralism*, Unesco Publ. 2000, p. 77. La Francia ha sostenuto analoghe esigenze anche in vista del negoziato Ttip.

⁶⁰Queste regole furono inserite su insistenza soprattutto della Francia (E. D'Alterio, *Il bruco e la farfalla. Libertà di commercio ed eccezione culturale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010 p. 853; S. Regourd, *A proposito dell'eccezione culturale*, cit. L'art. IV lett d) parlava di una eccezione temporanea: "le quote di proiezione – disponeva- sono oggetto di negoziati tendenti a limitarne la portata, a liberalizzarle o a sopprimerle". Questa disposizione è stata riconfermata negli stessi termini dall'accordo OMC.

produzioni culturali nazionali in danno di quelle straniere. Si cominciò a parlare, quindi, di *eccezione culturale* sia pur limitatamente all'audiovisivo e al cinema considerati *prodotti sensibili*⁶¹. A queste disposizioni si deve aggiungere quanto previsto dall'art. XX che contempla le eccezioni generali.

La Carta dell'Havana, che prevedeva la istituzione dell'ITO (*International Trade Organization*) (mai avvenuta), conteneva analoghe disposizioni, a loro volta ispirate all'Accordo *Blum Byrnes* intercorso tra USA e Governo provvisorio francese nel maggio del 1946⁶². Queste regole si basavano sul convincimento che le problematiche culturali, in

⁶¹ S. Regourd, *A proposito*, cit., evidenzia come in relazione alla liberalizzazione perseguita dai trattati commerciali sorge il concetto di "eccezione culturale": mentre il principio del libero scambio commerciale costituisce il fondamento e la finalità del diritto del commercio internazionale, questo principio non si applicherà alle attività aventi una natura culturale, come è il caso del cinema e dell'audiovisivo.

⁶² Così R.J. Neurwirth, *The Future*, cit., p. 399. S. Regourd, *A proposito*, cit., ricorda che il GATT fu concluso all'indomani della Seconda guerra mondiale in un contesto di ristrutturazione di un ordine giuridico liberale, fondato, già allora, sui principi e sui valori del libero scambio e che esso corrispondeva solo a una parte della Carta dell'Avana (N.d.T.: Atto finale della Conferenza Internazionale sul commercio e il lavoro, svoltasi all'Avana, tra il novembre del 1947 e maggio del 1948) con l'obiettivo di costruire l'Organizzazione Internazionale del Commercio (OIC), terzo pilastro di quest'ordine liberale, accanto alle altre istituzioni di Bretton-Woods: il F.M.I. (Fondo Monetario Internazionale) e la Banca Mondiale. Questo trattato internazionale non fu mai ratificato per via dell'opposizione degli Stati Uniti che gli rimproveravano di essere, in ultima analisi, non sufficientemente garantista del libero scambio. Così, il GATT, un semplice accordo parziale, andava così ad assumere una funzione succedanea a quella dell'organizzazione internazionale abortita sul nascere.

particolare quelle legate alla produzione cinematografica, attenessero alla politica interna degli Stati piuttosto che all'economia e al commercio e che dovessero essere considerate, quindi, distintamente da questi.

Considerata la limitata portata delle eccezioni consentite, rimaneva insoddisfatta l'esigenza di una tutela generalizzata delle esigenze culturali degli Stati che consentisse di impedire l'invasione di prodotti culturali stranieri e di sostenere la propria industria culturale con misure di favore. Il tema fu ripreso in sede dei negoziati dell'Uruguay Round⁶³, allorquando si discusse della liberalizzazione del commercio dei beni e dei servizi⁶⁴. Ma senza successo. La soluzione alla fine adottata, non distinguendo o, per meglio dire, non dettando una disciplina ad hoc, finiva per assoggettare i prodotti culturali al regime delle merci.

⁶³Poiché il GATT non copriva che parzialmente e in modo incompleto gli obiettivi della liberalizzazione del commercio internazionale, periodicamente si è provveduto a completarlo con dei cicli - o "Round" - di negoziazioni commerciali multilaterali con lo scopo di ampliare i suoi campi di competenza. Fu così che nel 1986, si aprì "l'Uruguay Round" con l'intenzione di estendere anche al settore dei servizi i principi del libero scambio, applicabili dal GATT al solo campo del commercio delle merci.

⁶⁴Cfr i testi relativi ai negoziati commerciali dell'Uruguay Round sono riprodotti in *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales*. Segretariato del Gatt, Ginevra, 1994.

Alla conclusione dei negoziati che diedero vita all'OMC la situazione rimase invariata. Il tentativo di escludere, tout court, il settore culturale dalla liberalizzazione del commercio non riuscì⁶⁵.

Una soluzione di compromesso fu raggiunta per il settore dei servizi oggetto del *General Agreement on Trade and Services* (Gats). Per questi, definiti "commercio invisibile" in opposizione al "commercio visibile" delle merci, si decise di lasciare allo Stato la libertà di stabilire quali settori sottomettere alle regole condivise e quali no. Ogni Stato può, infatti, decidere il livello e l'estensione dei propri impegni nel senso che nell'Accordo Gats i due capisaldi dell'accesso al mercato (art. XV Gats) e trattamento nazionale (art. XVII Gats) valgono solo per i settori inclusi nelle liste di concessione. A tanto si aggiunga che, al di là di quanto può a prima vista sembrare, il confine tra merci e servizi

⁶⁵ A favore della liberalizzazione del commercio dei prodotti culturali va ricordato anche l'Accordo di Firenze del 1950 (stipulato coevamente al Gatt 1947) avente ad oggetto l'importazione di oggetti di carattere educativo, scientifico o culturale. L'Accordo (reso esecutivo in Italia con legge 345 del 1961), dato atto della enorme importanza che sotto il profilo della crescita delle conoscenze, della comprensione reciproca e della stessa pace nel mondo, ha la circolazione di oggetti di carattere culturale, adottava delle misure fiscali di assoluto favore. Questa finalità è ritenuta ancora oggi valida dal momento che l'Accordo è stato aggiornato nel 1976 con Protocollo di Nairobi. Nel Preambolo dell'Accordo si afferma, infatti, "*Considérant que la libre circulation des idées et des connaissances et, d'une manière générale, la diffusion la plus large des diverses formes d'expression des civilisations, sont des conditions impérieuses tant du progrès intellectuel que de la compréhension internationale, et contribuent ainsi au maintien de la paix dans le monde ..*"

(che significa sottoposizione alle regole Gatt o a quelle Gats) non è sempre agevole. Il settore audiovisivo, in particolare, presenta confini molto incerti per cui possono sorgere difficoltà di inquadramento dovute al fatto che la loro diffusione si avvale tanto della forma radio-televisiva e digitale che di supporti materiali nei quali vengono incorporati i film, i programmi televisivi o la musica. A quel punto, lo stesso prodotto può essere classificato come merce o come servizio a seconda del punto di vista dal quale lo si consideri⁶⁶.

Durante i negoziati dell'Uruguay Round emerse lo scontro tra quanti, come gli USA e il Giappone, volevano includere i prodotti e i servizi culturali nelle regole del commercio e quanti, in primo luogo la Francia e il Canada, sostenevano invece la necessità di eccettuarli da quelle regole. Di qui la definizione di "eccezione culturale". Nessuna concessione fu però fatta ai fautori di misure di salvaguardia, sia per i prodotti che per i servizi culturali⁶⁷.

⁶⁶Un problema di questo tipo si è posto anche nel diritto UE. Nella sentenza 11 luglio 1985 relativa al caso *Cinéthèque* cause riunite 69 e 61/84 al punto 10 la Corte precisava "che non si possono qualificare « servizi », ai sensi del trattato, i lavori relativi alla fabbricazione di videocassette, dato che le prestazioni del fabbricante di siffatti prodotti portano direttamente alla fabbricazione di un oggetto materiale che costituisce, d'altronde, oggetto di classificazione nella tariffa doganale comune (voce 37.07). A tenore dell'art. 60 del trattato, sono infatti considerate servizi le prestazioni fornite contro retribuzione che « non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci ». Su queste problematiche T.Voon, *A New Approach to Audiovisual Products in the WTO: Rebalancing GATT and GATS*, in *UCLA Entertainment Law Review*, 2007, p. 6 ss

⁶⁷L. Richieri Hanania, *op. cit.*, p. 84 ss.

5. Il sistema OMC. Le eccezioni Gatt e Gats. Interpretazione restrittiva

La soluzione che alla fine si impose riproponeva all'interno dell'Omc, nato dagli accordi di Marrakesh del 1994, le regole Gatt e in particolare le disposizioni dei suoi art. III, par. 10 e IV che si limitavano, come si è detto, a considerare deroghe in favore unicamente dei film e della cinematografia⁶⁸.

Alla cultura e alle esigenze culturali non fu lasciato molto spazio anche se si considerano le eccezioni generali previste dall'art. XX. Questa disposizione enumera una serie di casi in cui gli Stati sono autorizzati ad adottare misure in contrasto con i principi del commercio internazionale (non discriminazione⁶⁹, nazione più favorita NPF,⁷⁰

⁶⁸ F. Francioni, *Principi e criteri*, cit., p. 13 precisa che l'accordo istitutivo dell'Omc ha eliminato la clausola c.d. *grandfather clause* che nel vecchio GATT consentiva il mantenimento in vigore di preesistenti leggi nazionali di tipo protezionistico tra cui potevano rientrare anche quelle sui divieti di esportazione dei beni culturali nazionali, per cui aderendo all'OMC gli Stati si obbligano a conformare la propria legislazione ad esso non potendo mantenere in vigore regole preesistenti se contrarie.

⁶⁹ GATT, art. III.1 «Le parti contraenti riconoscono che le tasse e le altre imposizioni interne, così come le leggi, i regolamenti e le prescrizioni relative alla vendita, alla messa in vendita, all'acquisto, al trasporto, alla distribuzione o all'utilizzazione dei prodotti sul mercato interno [...] non dovranno essere applicate ai prodotti importati o nazionali in maniera da proteggere la produzione nazionale»

⁷⁰ GATT, art. I «Tutti i vantaggi, benefici, privilegi o immunità accordati da una parte contraente ad un prodotto originario o destinato a qualsiasi altro paese saranno, immediatamente e senza condizioni, estesi a tutti i prodotti similari originari o destinati al territorio di tutte le altre parti contraenti»

divieto di restrizioni quantitative⁷¹ecc.) e che, in pratica, mirano “sostanzialmente a garantire la loro competenza esclusiva in settori e materie riguardanti particolari esigenze e valori delle comunità nazionali di natura non soltanto economica”⁷².

Tra queste non figurano motivazioni “culturali”. L’unica che può avvicinarsi ad esse è quella della *morale* prevista dalla lett. a). Vi è poi quella della *tutela dei tesori nazionali di valore artistico, storico e archeologico*, contemplata dalla lett. f) il cui oggetto è, però, abbastanza preciso e limitato⁷³. Tutte le altre rilevano sotto profili che

⁷¹ GATT, art. XI, il quale riguarda le restrizioni quantitative sia all’importazione che all’esportazione

⁷² P. Picone e A. Ligustro, *Diritto dell’Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, p. 321 rilevano che il riferimento riguarda i “più disparati obiettivi di politica pubblica”. G. Adinolfi, *L’Organizzazione mondiale del commercio. Profili istituzionali e normativi*, Padova, 2001, p. 222. L’inquadramento della pretesa degli Stati di salvaguardare <questa volta in maniera diretta> la propria cultura viene vista come affermazione della propria sovranità da C. Renzulli, *La dimensione*, cit., p. 306 “Affermando la propria sovranità territoriale in materia, gli Stati rivendicano piena autonomia nel promuovere, all’interno dei propri confini, questo o quel «prodotto culturale» in virtù di una salvaguardia della cultura che non dovrebbe soggiacere alle logiche (e alle regole) del mercato”. Attenzione qui il riferimento è alla difesa della cultura, mentre Picone parla in termini più generali di difesa di esigenze e valori delle comunità nazionali.

⁷³ Per quanto riguarda i beni artistici etc, in dottrina si ritiene che debba trattarsi di beni di una certa importanza, con esclusione di quelli di scarso valore. Nel dir UE questa interpretazione (attesa la versione inglese e quella francese del Tfu corrispondente a quella tradizionale del trattato CEE) è stata seguita, come riferito da L. Sbolci, *La libera circolazione delle merci*, in *Diritto dell’Unione europea. Parte spec.* (a cura di G. Strozzi), Torino, 2015, p. 50 nota 229, da P. Pescatore. Dubbiosa M. Marletta, *La restituzione beni culturali*, Padova, 1997, p. 18, nota 30. Vedi della

non hanno alcun punto di contatto con esigenze culturali. Si tratta, infatti, di misure “necessarie alla protezione della salute e della vita delle persone, degli animali o alla preservazione dei vegetali”(lett. b), di misure che mirano alla conservazione delle risorse naturali esauribili” (lett. g). A queste, prive di valore economico, si aggiungono poi quelle che si riferiscono all’importazione dell’oro e dell’argento (lett. c) o che riguardano particolari situazioni di mercato (lett. h), aventi dunque, un valore economico⁷⁴.

Per quanto riguarda i servizi, che nell’ambito dell’Omc rientrano nelle previsioni Gats, si è già ricordata la soluzione di compromesso raggiunta in sede di negoziati per l’Uruguay Round⁷⁵. Quanto alle eccezioni generali previste da questo accordo e indicate nell’art. XIV, sotto la lett. a) è riportata la morale e quanto è necessario a mantenere l’ordine pubblico. Manca, invece, qualsiasi riferimento ai *tesori nazionali* citati sotto la lett. f) dell’art. XX Gatt.

Si aggiunga che nella prassi degli organi di risoluzione delle controversie in sede Omc si è imposta, in generale, una linea interpretativa

stessa il comm. all’art. 167 TFUE in Trattati dell’Unione europea, a cura di A. Tizzano, Milano, 2014.

⁷⁴ P. Picone e A. Ligustro, *op. cit.*, 321 ss; Northwirth, p, 400, citaS. BAL, *International Free Trade Agreements and Human Rights: Reinterpreting Article XX of the GATT*, in Minn. Journal Global Trade, 2001; L. BARTLES, *Article XX of GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction: the Case of Trade Measures for the Protection of Human Rights*, in Journal World Trade, 2002.

⁷⁵L. Richieri Hanania, *op. cit.*, p. 104 ss

largamente favorevole alla liberalizzazione, in parte giustificata anche dalla onerosità delle condizioni richieste per invocare alcune eccezioni. A parte il requisito di fondo che, come si premura di precisare nella sua parte introduttiva lo stesso art. XX (c.d. *chapeau*), non deve mai trattarsi di espedienti messi in campo per introdurre discriminazioni arbitrarie o restrizioni dissimulate al commercio internazionale, un rilievo non secondario ha la condizione della “necessità” della misura adottata e quella del rispetto di un rapporto di proporzionalità col risultato perseguito.

6. In particolare: *il test di necessità*

Il requisito della necessità è espressamente previsto in alcune ipotesi contemplate dall’art. XX. Così, nel caso della lett. a) con riguardo alla morale; della lett. b) con riferimento alla protezione della salute e della vita delle persone e degli animali o alla preservazione dei vegetali; dalla lett. d) che si riferisce alle misure volte ad assicurare l’applicazione delle leggi e dei regolamenti non incompatibili con le regole dell’Omc; o dalla lett. l) che si riferisce alle misure essenziali all’acquisto o alla distribuzione di prodotti per i quali vi sia una penuria generale o locale.

Questo comporta una indagine particolare che, ai fini della loro ammissibilità, porta a considerare con severità la relazione tra le misure adottate e il fine perseguito ovvero l'effettiva capacità di raggiungere lo scopo, con la conseguenza che sovente le misure contestate sono state dichiarate contrarie alle regole Omc. Così nel caso delle misure adottate dalla Thailandia contro l'importazione di sigarette straniere ritenute più nocive alla salute di quelle nazionali. Il Panel, interessato dagli USA per gli ostacoli che incontravano i suoi produttori di sigarette stabili, in data 7 novembre 1990, che il contenimento del rischio per la salute lamentato dalla Thailandia poteva essere conseguito con misure meno restrittive (DS10/R, adopted on 7 November 1990, 37S/200) e che quindi le misure erano inammissibili⁷⁶.

⁷⁶ "The Panel ... defined the issues which arose under [Article XX(b)]. In agreement with the parties to the dispute and the expert from the WHO, the Panel accepted that smoking constituted a serious risk to human health and that consequently measures designed to reduce the consumption of cigarettes fell within the scope of Article XX(b). The Panel noted that this provision clearly allowed contracting parties to give priority to human health over trade liberalization; however, for a measure to be covered by Article XX(b) it had to be necessary"....e, per quanto riguarda la necessità " che esso aveva in precedenza già chiarito che "a contracting party cannot justify a measure inconsistent with other GATT provisions as "necessary" in terms of Article XX(d) if an alternative measure which it could reasonably be expected to employ and which is not inconsistent with other GATT provisions is available to it. By the same token, in cases where a measure consistent with other GATT provisions is not reasonably available, a contracting party is bound to use, among the measures reasonably available to it, that which entails the least degree of inconsistency with other GATT provisions'. (Panel Report on "United States - Section 337 of the Tariff Act of 1930", L/6439, adopted on 7 November 1989, paragraph 5.26).

Sul divieto Usa di importazione di tonno pinne gialle da certi paesi come il Messico per le modalità con le quali avveniva la loro cattura, che potevano essere contestate sia in base alla lett. b) (salute delle persone e degli animali), che alla lett. g) (esigenza ambientali), il panel richiesto da Messico in data 16 agosto 1991 stabilì l'illegittimità della misura statunitense perché eccessiva rispetto all'interesse tutelato che poteva essere conseguito con misure meno severe.

Talvolta, il criterio della necessità è stato introdotto dalla prassi arbitrale anche laddove non esplicitato dall'art. XX, come, ad es., nei riguardi della previsione di cui al punto g) in cui letteralmente si parla di misure "relative alla conservazione delle risorse naturali esauribili, ove tali misure siano applicate congiuntamente a restrizioni della produzione o del consumo nazionali". Come è stato ricordato⁷⁷, in sede interpretativa le nozioni risultanti da tale disposizione sono state talvolta aggravate e trasformate nei concetti di "misure primariamente finalizzate" alla conservazione delle risorse naturali e di "misure primariamente finalizzate ed in grado di rendere effettive" le restrizioni interne. Si tratta di concetti non molto distanti dalla nozione di misure necessarie e comportato una ulteriore limitazione della sfera di sovranità degli Stati. Per questo motivo, questa interpretazione è stata oggetto di aspre critiche da parte della dottrina e dell'opinione pubblica

⁷⁷ P. Picone e A. Ligustro, *op. cit.*, p. 327

particolarmente sensibile alle tematiche ambientali⁷⁸ tant'è che è stata in seguito rivista⁷⁹.

Ora, se con riguardo ad alcuni settori, come quelli riguardanti la tutela della salute o dell'ambiente, la necessità di adottare o meno certe misure può essere valutata in base a dati scientifici o in base a riscontri che hanno una certa oggettività, per stabilire se si tratta di misure necessarie alla tutela della morale il compito non è facile.

Chi o in base a quali parametri può sostenere che un dato divieto serve a tutelare un valore morale al quale un certo ordinamento attribuisce particolare importanza?

L'unico dato sicuro è che secondo l'art. XX Gatt nessuna misura deve risolversi in una restrizione dissimulata al commercio costituendo nient'altro che un espediente fatto per aggirare le regole.

La prassi si è fatta carico di elaborare alcuni criteri. Non diversamente è accaduto in altri contesti dove si sono posti problemi simili e si è dovuto verificare l'idoneità di certe misure con criteri indicati in maniera generica.

⁷⁸P. Picone e A. Ligustro, *op. cit.*, notano come questa interpretazione sia stata successivamente corretta a partire da caso USA *Gasoline*.

⁷⁹Sul punto P. Picone e A. Ligustro, *op. cit.*, p. 327 s, i quali riportano quanto deciso dall'organo di appello nel caso USA *Gasoline* in cui vi è un richiamo ad una rigorosa interpretazione dell'eccezione dell'art. XX Gatt, ribadita anche nel caso *Shrimp/Turtle*, in cui è stata richiesta la sussistenza di una stretta e genuina relazione tra gli obiettivi perseguiti e gli strumenti utilizzati.

Con riguardo a certe previsioni della CEDU e del diritto UE che consentono deroghe ed eccezioni riconosciute agli Stati, sovente si parla di un *margin of appreciation*, non assoluto ma valutabile in base a particolari parametri, che la Corte di Strasburgo e la Corte di Lussemburgo riconoscono agli Stati⁸⁰.

7. La prassi Omc relativa a prodotti o servizi culturali

Nella prassi degli organi previsti dal sistema Omc per la soluzione delle controversie⁸¹ non sono mancati casi in cui sono coinvolti riferimenti a

⁸⁰ Y. Arai Takahashi, *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value – pluralism in the European Integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, 2001, p. 1162 e ss.; A. Alemanno, *A la recherche d'un juste équilibre entre liberté fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur*, in *Rev dr UE*, 2004, p. 709 ss; J. Sweeney, *A margin of appreciation in the internal market: lessons from the European Court of Human Rights*, in *Legal Issues of European Integration*, 2007, p. 27 e ss; P. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia (a cura di) *I diritti in azione*, Bologna, 2007, p. 149 e ss; I. Anrò, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in AA.VV. *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento italiano*, Napoli, 2010, p. 9 e ss.

⁸¹ Il sistema dell'Omc prevede un sistema per la risoluzione delle controversie che si articola in alcune che vanno dalla richiesta di consultazioni da parte di uno Stato che intende sollevare una questione sul comportamento di una controparte, alla costituzione di un Panel da parte del *Dispute Settlement Body* (DSB). Contro l'adozione del Report da parte del Panel è consentita una fase di appello davanti all'*Appellate Body*. Sul sistema di soluzione delle controversie istituito dall'Omc, si rimanda a G. Adinolfi, *La soluzione delle controversie*, in *L'organizzazione Mondiale*

valori non commerciali indicati dall'art. XX. Nel campo della difesa dell'ambiente e della salute si richiamano i casi *Beef Hormones* (WT/DS26/DS48/R), *Asbestos* (WT/DS135/R), *Taxes on Cigarettes* (WT/DS10/R)(per quanto concerne le tutela della salute), *Gasoline* (WT/DS2/DS4/R)(l'ambiente), *Shrimp* (WT/DS58/R)(la tutela delle specie marine), o *yellowfin tuna* (DS21/R). Raramente sono emerse questioni nelle quali si eccepiva la lesione di interessi culturali o si pretendeva una tutela della propria identità culturale⁸².

Ci sono stati casi nei quali è stato affrontato il problema della conformità alle regole Omc di misure restrittive riguardanti prodotti o servizi culturali ma non a motivo della loro connotazione "culturale" (non trovando, questo riferimento, una giustificazione nelle regole Gatt o Gats).

Nel caso WT/DS/43/3 *Turkei - Taxation of foreign film revenues*, (Complainant: USA) del 1996, gli Stati Uniti iniziarono un procedimento

del Commercio (a cura di G. Venturini), Milano, 2015, p. 303 – 331, F. Galgano e F. Marrella, *op. cit.*, 709 ss. G. Rubagotti, *La convenzione Unesco sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali: quale coordinamento con le norme Omc?*, in *Diritto del com. int.le* 2007, p. 692 ss.

⁸²Nella controversia USA Cina (consultazioni chieste dagli Usa il luglio 2007 nell'ambito Omc in merito all'adozione da parte cinese di una serie di misure ritenute discriminatorie e restrittive delle importazioni di prodotti, servizi di natura audiovisiva, musicale, editoriale e cinematografica), si è avuta nel 2009 una decisione del Panel WT/DS363 R sfavorevole alla Cina che, da parte sua, per rafforzare la sua chiusura nel commercio degli audiovisivi, aveva invocato, anche la convenzione sulla diversità culturale.

contro la Turchia per avere questa introdotto un regime particolare di tassazione relativo alla distribuzione dei film stranieri (si trattava di una tassa del 25% sui relativi Biglietti) per l'incompatibilità di una simile pratica rispetto all'art. III del GATT, il quale fa divieto a ciascun Stato membro di applicare qualsiasi tasse o altri oneri che abbiano come effetto quello di accordare una protezione maggiore alle produzioni interne.

Gli Stati hanno tentato talora di giustificare le misure loro contestate sostenendo che esse hanno ad oggetto servizi e non beni atteso che con riguardo ai primi esiste per essi maggiori possibilità di manovra.

Nel caso WT/DS 31 *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, (Report del Panel del 14 marzo 1997, Report dell'Organo d'Appello del 30 giugno 1997), il Canada si è difeso dall'accusa di aver violato le regole Omc sull'importazione di periodici sostenendo che le misure adottate riguardavano la pubblicità inserita nei periodici e, quindi, i servizi. Per questo, invocava il diverso e più favorevole trattamento riservato ad essi, ma questa motivazione non è servita. Per vero, il Canada aveva cercato di giustificare le misure adottate tese a proteggere i periodici locali anche con un richiamo alla identità culturale. Evitando, però, di approfondire la questione dal punto di vista giuridico, sia il panel che l'Organo d'Appello hanno

sottolineato che il diritto di ogni Stato membro di adottare misure atte a proteggere l'identità culturale esulava dalla controversia sottoposta loro, e che l'unica questione sulla quale essi erano chiamati a pronunciarsi era la compatibilità delle misure adottate dal Canada con le norme del GATT.

Invero, l'inquadramento delle attività culturali nella normativa relativa al commercio Gatt oppure a quella dei servizi Gats è una questione dibattuta e irrisolta tant'è che, come è stato ricordato⁸³, in due distinte occasioni entrambe riguardanti attività cinematografiche sono state inoltrate al *Dispute Settlement Body* (DSB) richieste di consultazioni ai sensi dell'art. 4 (4) del *Dispute Settlement Understanding* (DSU) invocando ora la violazione delle regole sui beni (GATT) ora quelle sui servizi (GATS). Una prima volta, riferendosi alle regole dettate per le merci, gli USA invocavano davanti agli organi Omc la violazione dell'art. III Gatt (caso WT/DS43, *Turkey – Taxation of foreign Film Revenues*. Complainant USA 1996). Una seconda volta, due anni dopo, era la CE a procedere contro il Canada ai sensi degli artt. II e III (I) GATS (caso WT/DS117, *Canada – Measures Affecting Film Distribution Services*. Complainant CE 1998) *Request for Consultations received on 20 January 1998* sostenendo che, con la "1987 Policy Decision on film distribution

⁸³ T. Voon, *A New Approach*, cit.; C. Renzulli, *La dimensione*, cit., p.304.

and its application to European Companies”, questo avesse violato il principio della nazione più favorita.

Prima ancora della nascita dell’OMC, nel 1989 gli USA avevano indirizzato una richiesta di consultazioni a Lussemburgo, Olanda Spagna e UK, (*Luxembourg, Netherlands, Spain, United Kingdom – Measures to Be Taken under the European Convention on Transfrontier Television - Reiteration of Request for Consultations under Article XXII:1 by the United States*) e alla Comunità europea (GATT, doc. DS4/3 dell’8 novembre 1989, *EEC – Directive on Transfrontier Television – Request for Consultations under Article XXII:1 by the United States*) sostenendo l’incompatibilità con le regole Gatt delle disposizioni della *European Convention on Transfrontier Television* conclusa a Strasburgo il 5 maggio 1989 e della direttiva *Televisione senza frontiere* 89/552⁸⁴ (GATT, doc. DS4/2 dell’8 novembre 1989 e alla CE (GATT, doc. DS3/3 dell’8 novembre 1989). Da parte sua, la Comunità europea aveva manifestato

⁸⁴ Come riportato nel sito ufficiale UE, la direttiva 89/552 mira a garantire la libera circolazione dei servizi televisivi nel mercato interno tutelando nel contempo importanti obiettivi di interesse pubblico come la diversità culturale, il diritto di rettifica, la tutela dei consumatori e la protezione dei minori. Essa è stata successivamente modificata nel 1997. Su di essa, A. Tizzano, *La direttiva CEE sulla «televisione senza frontiere»*, in Foro it., 1990, p. 92 ss.; D. Waelbroeck, *La libre circulation des messages audiovisuelles et la protection des intérêts culturels*, in L’espace audiovisuelle européen, (a cura di Vandersanden), Bruxelles, 1992, p. 137 ss.; R. Mastroianni, *La revisione della direttiva «televisione senza frontiere»*, in *Dir. radiodiff. telecom.*, 1999, p. 185 ss

ogni riserva a riguardo, considerando «the subjectmatter to be outside the scope of the GATT» (GATT, doc. DS4/4 dell'8 novembre 1989, *EEC – Directive on Transfrontier Television – Response to Request for Consultations under Article XXII:1 by the United States*) 46.

Nel caso WT/DS363, *China- Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products. Complainant United States*. (Panel Report issued on 12 august 2009; Appellate Body Report issued on 21 December 2009; Appellate Body Report and Panel Report, as modified by the Appellate Body, adopted on the 19 January 2010) si dibatteva sulla legittimità di diverse misura adottate dalla Cina nel campo della circolazione degli audiovisivi il cui regime la stessa pretendeva di escludere dalla portata delle regole Omc anche per la loro pretesa natura di servizi. Al riguardo l'*Appellate Body*, adottando un approccio combinato dei due orientamenti riportati, ha provveduto a precisare che:

[A] measure could be simultaneously subject to obligations relating to trade in goods under the GATT 1994 and to obligations relating to trade in services under the GATS [. . .] [insofar the] entry into force of the GATS, as Annex 1B of the WTO Agreement, does not diminish the scope of application of the GATT 1994 (par. 193)

e che, di conseguenza, «*a measure can regulate both goods and services and [. . .] be subject to obligations affecting trade in goods and obligations affecting trade in services*» (*Appellate Body Report*, par. 194).

8. Segue. *Il richiamo alla morale*

Il caso appena ricordato offre anche argomenti per verificare l'incidenza della morale come eccezione all'applicazione delle regole Omc. Per quel che risulta, è l'unica volta in cui viene fatto questo richiamo. Si sarebbe potuto parlare di eccezione culturale ma, essendo questa estranea al sistema Omc, la Cina si è rifatta alla lett. a) dell'art. XX Gatt. Il Panel ha riconosciuto che alcune (solo alcune) delle normative interne "incriminate" potevano essere giustificate in base a questa eccezione (si trattava di alcune previsioni dell'art. 42 del *Publications Regulation*) mentre per le altre ricorrevano tutti gli estremi per ritenerle incompatibili col regime Omc.

La Cina riproponeva la questione al riesame dell'organo d'appello sostenendo, tra l'altro, che anche le altre disposizioni del *Publication Regulation* potessero essere ritenute "necessarie alla protezione della morale pubblica" ritenendo anche che il Panel avesse applicato non correttamente il "test di necessità".

L'Appellate Body ha confermato, quasi totalmente, la decisione del panel sull'intera vicenda ha anche escluso che ricorressero le condizioni per ritenere, come invece aveva fatto il Panel, "necessarie" alla protezione della morale pubblica, «(...) For all these reasons, we uphold the Panel's conclusion, in paragraph 8.2(a)(i) of the Panel Report, that China has not demonstrated that the relevant provisions are "necessary" to protect public morals, within the meaning of Article XX(a) of the GATT 1994 and that, as a result, China has not demonstrated that these provisions are justified under Article XX(a)» (pp. 141-142 del report). In tale valutazione, l'organo fornisce una serie di indicazioni rilevanti sulle modalità di applicazione del c.d. "test di necessità" previsto dalla norma che, nell'interpretazione dell'organo di Appello, si caratterizza per una sua articolata procedura, scandita da tre fasi. La prima è quella della valutazione degli interessi in gioco, dei quali si esamina la «*relative importance*». La seconda consiste nel giudizio di «*weighting and balancing*», ove rilevano una serie di fattori. Il bilanciamento deve infatti tenere conto della «*contribution of the measure to the realization of the ends pursued by it*» e del «*restrictive effect of the measure on international commerce*», nonché di "fattori aggiuntivi" a seconda dei casi. L'ultima fase attiene al confronto tra la misura incriminata e le possibili alternative, delle quali sono valutate la ragionevolezza e

l'applicabilità. In altri termini, il giudice Omc deve esaminare se l'alternativa è equivalente alla misura, ma con effetti meno restrittivi sul commercio, e se è oggettivamente applicabile da parte dello Stato. Un secondo aspetto attiene ai contenuti della valutazione. L'esame della necessità della misura richiede un'analisi di merito, relativa ai caratteri sostanziali della misura incriminata e alla successiva comparazione con la possibile alternativa, della quale si deve, peraltro, valutare la ragionevolezza (c.d. regola dell'impatto minimo). Si tratta, in altre parole, dell'applicazione del principio di proporzionalità, per cui, individuato il fine (tutela della morale e della cultura pubblica), il giudice pondera l'adeguatezza del mezzo alla luce del bilanciamento con altri interessi incisi (libertà del mercato).

La Cina aveva anche fatto riferimento alla conv. del 2005 che tutela la diversità culturale per sostenere la sua posizione e la necessità di tutelare interessi culturali. Riportando la definizione di "cultura" e di "prodotti culturali" presente nella Convenzione e prima ancora nella Dichiarazione, la Cina ha cercato di dimostrare che i prodotti culturali rientrano in una categoria "speciale" di beni. Essa ha sottolineato la circostanza per cui tali prodotti sono "*vectors of identity, values and meaning*" ed hanno un forte impatto sulla morale pubblica, di

conseguenza, devono essere trattati come “*commodities*” e non come beni di consumo. Ma questo non è servito.

9. Segue. *Sulle soluzioni alternative perseguite*

Una soluzione al problema poteva consistere nella stipulazione di una apposita convenzione fuori dal contesto OMC o inserendo, all'interno dell'OMC, una clausola generale di “esclusione culturale” che collocasse, per esempio, tutte le attività aventi questa natura fuori dalla portata di questa organizzazione o che comunque fissasse delle regole chiare. Così non è stato. L'impossibilità di trovare nel sistema Omc una soluzione al problema riguardante la tutela delle identità culturali, essendo il sistema strutturato per favorire la liberalizzazione quanto più estesa della circolazione delle merci e dei prodotti (anche “culturali”), ha visto perpetuarsi lo scontro tra le varie posizioni anche in altri contesti, per es in sede di negoziati del *Multilateral Agreement on Investment* (MAI)⁸⁵.

⁸⁵G.A.Cano, *The MAI: on the threshold of a cultural war?*, cit. Il Mai è stato negoziato tra i membri dell'OCED (Organizzazione per la Cooperazione Economica e lo Sviluppo) tra il 1995 e il 1998. Il suo intento era di sviluppare regole multilaterali volte a garantire gli investimenti internazionali. Una intensa campagna contraria a questo accordo è stata condotta dalla Francia che non notava in esso una adeguata tutela delle differenze culturali.

Non è servita neppure la spinta alla valorizzazione delle esigenze di tutela della propria identità culturale, che ha indubbie conseguenze anche sulla circolazione dei prodotti e dei servizi culturali (e relativi limitazioni), da parte della Conv. Unesco del 2005 sulla protezione delle diversità culturali, nonostante il suo largo successo. Per volontà dei suoi stessi compilatori, essa ha, infatti, rinunciato ad imporsi sulle regole OMC la cui osservanza ha salvaguardato⁸⁶.

In mancanza di una soluzione che potesse valere sul piano generale, gli Stati hanno provveduto in occasione della stipula dei vari trattati escludendo dalla portata degli accordi commerciali l'intero settore culturale, facendo riferimento alle industrie culturali, tout court, oppure prevedendo eccezioni parziali, riferite solo ad alcuni settori, come l'audiovisivo⁸⁷. Il più ampio riferimento alle *cultural industries*, piuttosto che ai prodotti culturali e ai servizi culturali, è indicativo della preoccupazione di certi Stati che hanno adottato questa espressione per evitare qualsiasi dubbio o equivoco sull'interpretazione della portata dell'eccezione e sulla natura di merce o di servizi dei prodotti culturali.

⁸⁶ Il suo art. 20, infatti, dopo aver dichiarato che non c'era alcuna subordinazione della convenzione ad altri trattati, al n. 1 affermato che non h, al n. 2 ha ammesso che." Nessun punto della presente Convenzione può essere interpretato come una modifica dei diritti e degli obblighi delle Parti contraenti a titolo di altri trattati a cui hanno aderito".

⁸⁷L. Richieri Hanania, *op. cit.*, p. 185 ss

Tra i trattati che hanno optato per la soluzione più radicale, c'è il trattato tra USA e Canada, *Canada US Free Trade Agreement* (CUSFTA) del 1987 (art. 2005)⁸⁸, e, per i rapporti USA Canada, il successivo *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) del 1992 che, all'art. 2106 (Annex), richiama, relativamente alle *cultural industries*, la validità delle previsioni dell'accordo CUSFTA (art. 2107).

In questi trattati, nell'escludere le industrie culturali dalla liberalizzazione si danno anche indicazioni sul significato da attribuire all'espressione *cultural industries*. Il trattato CUSFTA, all'art. 2012, chiarisce che "cultural industry means an enterprise engaged in any of the following activities..."(cui segue elencazione). Ugualmente fa l'Accordo NAFTA. Il suo art. 2107 stabilisce che "for purposes of the Chapter cultural industries means persons engaged in any of the following activities:" .. cui segue l'elenco delle attività. La differenza tra i due trattati sta nel fatto che il primo fa riferimento a "an enterprise"⁸⁹, il secondo considera "persons". In genere i trattati stipulati dal Canada prevedono questa esclusione (ad es. Canada-Israele, Canada-Cile,

⁸⁸ Per R. Neuwirth, cit., p. 401, la definizione di *cultural industries* fatta in questo trattato può considerarsi "a milestone in the culture and trade debate as it inscribed, most likely for the very first time, the concept of cultural industry in an International trade agreement".

⁸⁹ Da notare che questo trattato dispone un regime diverso per i rapporti tra Messico e USA che hanno deciso di far rientrare nel regime generale anche le *cultural industries* con qualche eccezione per il Messico. Cfr.. L. Richieri Hanania, *op. cit.*, 107.

Canada-Costa Rica) essendo questo paese particolarmente attivo sul piano della difesa della identità culturale. Anche nel trattato con l'UE *Comprehensive Economic and Trade Agreement*(CETA) il Canada ha preteso per sé questa eccezione contrariamente a quanto previsto per l'Unione.⁹⁰

Secondo il glossario Unesco, *Echages internationaux*, cit., p. 84, per industrie culturali si devono intendere: le “[I]ndustries qui touchent à la fois la création, la production et la commercialisation de contenus créatifs dont la particularité réside dans les contenus à caractère culturel généralement protégés par des droits d’auteur et ils peuvent s’apparenter à un bien ou à un service. D’ordinaire, les industries culturelles incluent l’édition imprimée et le multimédia, la production cinématographique, audiovisuelle et phonographique, ainsi que l’artisanat et le design”.

⁹⁰ Tra le altre definizioni fornite dall’art. 1.1 del trattato vi è anche quella relativa alle *cultural industries*. Per “cultural industries means persons engaged in: (a) the publication, distribution or sale of books, magazines, periodicals or newspapers in print or machine-readable form, except when printing or typesetting any of the foregoing is the only activity; (b) the production, distribution, sale or exhibition of film or video recordings; (c) the production, distribution, sale or exhibition of audio or video music recordings; (d) the publication, distribution or sale of music in print or machine-readable form; or (e) radio-communications in which the transmissions are intended for direct reception by the general public, and all radio, television and cable broadcasting undertakings and all satellite programming and broadcast network services”.

Negli accordi regionali commerciali stipulati in seno all'*Association of South-East Asian Nations* (Asean) e all'*Asean-China Free Trade Agreement* (Acfta), come l'*Asian Pacific Economic Cooperation* (APEC) e l'*Asia Europa Meeting* (ASEM) la Cina si è servita della possibilità di adottare liste di esclusione, temporanee o definitive, di beni dal libero commercio (c.d. prodotti sensibili)⁹¹. L'Europa fa la sua parte escludendo, di regola, i prodotti audiovisivi dalla portata degli accordi commerciali che va stipulare, come si dirà in seguito (cap. IV). Nei negoziati relativi alle modifiche e agli aggiornamenti dell'accordo generale sugli scambi di servizi (*ciclo Doha*) una risoluzione del Parlamento del 4 aprile 2006 (GU C 293 E del 21.12.2006, p. 155) si è espressa contro la liberalizzazione dei servizi pubblici essenziali, quali i servizi audiovisivi.

Su posizioni totalmente liberalizzatrici si collocano gli USA che vedono nelle eccezioni sollevate inutili misure che non favoriscono la cultura e possono solo giustificare delle controproducenti chiusure.

A mio modesto avviso, il ricorso a clausole eccezionali generali, estese cioè a tutte le industrie culturali, o parziali, relative solo a singoli settori, come ad esempio, l'audiovisivo non è la soluzione migliore, in quanto, più che risolvere il problema si limitano a lasciarlo fuori alla porta. Una

⁹¹ Per un approfondimento sui contenuti di tali accordi D'Alterio, *art. cit.*, p. 851 rinvia al documento Cidoide di G. Bianchi, *La politica commerciale della Cina e la sua partecipazione all'Omc: tra multilateralismo e regionalismo*, 2007, consultabile su http://www.cidoide.unimi.it/archive/dossier_cina.pdf

risposta, caso per caso, tenuto conto dell'effettivo impatto sui valori culturali interni sarebbe forse preferibile.

10. La convenzione UNESCO del 2005. Passaggio dall'eccezione culturale alla diversità culturale e le conseguenze sul problema che ci interessa

L'attenzione verso i prodotti culturali nell'ambito del commercio internazionale delle merci e di servizi è cresciuta in uno all'affermarsi sul piano internazionale di un interesse diffuso alla tutela e difesa della cultura e delle diversità culturali. Un passaggio significativo è segnato dalla conv. Unesco del 2005 sulla diversità culturale. Questa va oltre la tutela dei beni sia materiali (storici, artistici ed archeologici che paesaggistici) che immateriali⁹², ma, a differenza della conv. del 2003 sul patrimonio intangibile, che si limita a considerare le tradizioni orali, gli usi e i costumi, ed altre forme espressive non fissate su supporto materiale, essa si propone di tutelare la diversità delle espressioni culturali e, quindi, le attività, i beni, i servizi culturali che sono portatori di identità. Nel patrimonio culturale si fanno rientrare anche i prodotti culturali e i servizi culturali, la cui natura non è annullata dal loro valore

⁹² V. rispettivamente Conv sulla protezione del patrimonio mondiale, culturale e naturale del 1972 e Conv. del 2003 sul patrimonio intangibile.

commerciale⁹³. Questo aspetto non è ignorato, come risulta dall'art. 4, n. 4 della convenzione il quale precisa che «Per “attività, beni e servizi culturali” s'intendono le attività, i beni e i servizi che (...) incarnano o trasmettono espressioni culturali, indipendentemente dal loro eventuale valore commerciale..»

Accanto, o oltre l'aspetto culturale rileva anche la valenza commerciale di questi prodotti. La norma aggiunge, infatti, che *Le attività culturali possono essere fini a se stesse oppure contribuire alla produzione di beni e di servizi culturali*. La doppia valenza culturale e commerciale non è in discussione. Secondo il XVIII Considerando «cultural activities, goods and services have both an economic and a cultural nature [. . .] and must therefore not be treated as solely having commercial value») Lo ricorda, da ultimo la dir. 2010/13 relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), che, al considerando n. 7, ricorda che secondo la convenzione «le attività, i beni e i servizi culturali, portatori d'identità, di valori e di significati, hanno una duplice natura, economica e culturale, per cui non devono essere trattati come dotati esclusivamente di valore commerciale».

⁹³ Sulla dimensione economica si sofferma G. Poggeschi, *La "Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali" dell'Unesco entra a far parte del corpus legislativo italiano. Una novità nel panorama degli strumenti giuridici internazionali?*, in Aedon, 2007.

La convenzione fornisce una definizione di industrie culturali. In maniera concisa ma concreta l'art. 5 dichiara che «Per "industrie culturali" s'intendono le industrie che producono e distribuiscono beni o servizi culturali come definiti al paragrafo 4 del presente articolo».

In questo modo la conv. non nasconde affatto la sua intenzione di intervenire su problemi che alla luce delle regole Omc non hanno trovato una adeguata sistemazione. Sua intenzione è di fornire una base giuridica alla tutela delle diversità culturali⁹⁴. Come riferito, la Convenzione Unesco del 2005 si prefigge di «proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali», nonché di «creare condizioni tali da consentire alle culture di prosperare e interagire liberamente in modo da arricchirsi a vicenda», di «promuovere il rispetto della diversità delle espressioni culturali e la consapevolezza del suo valore..» sia a livello locale e nazionale che a livello internazionale in un contesto nel quale i prodotti e i servizi culturali hanno un ruolo determinante.

In questa prospettiva un ruolo non secondario è attribuito, con certe garanzie, alla circolazione dei prodotti culturali. La conv. avvicina i prodotti e i servizi culturali ai beni e prevede che per essi valgano le

⁹⁴ H. Ruiz Fabri, *Reflections on possible future legal implications of the Convention in Unesco's Convention on the Protection and Promotion of the diversity of Cultural expressions, Making it Work*, Zagabria 2006, Parte II, cap. IV p. 73 la quale sottolinea che *the question of cultural diversity is not confined to the problem of trade in cultural goods and services*.

stesse regole circa le misure consentite (quelle che sospendono i principi del libero mercato (chiusura e misure di sostegno).

Nell'intento di proteggere e di promuovere la diversità culturale essa opera in due direzioni: interna e internazionale (che hanno tra loro punti di incontro).

a) Il profilo interno

L'art. 2 n. 2 della convenzione contiene una serie di previsioni che interessano la vita interna dello Stato e le comunità che lo compongono. Esse autorizzano, infatti, gli Stati a tenere una serie di comportamenti e a prendere idonee misure di protezione a tutela della cultura delle comunità interne.

Oggetto di attenzione dal punto di vista della diversità culturale sono e restano le minoranze nazionali⁹⁵. La convenzione ribadisce che la loro tutela e la loro promozione sono di competenza dello Stato e giustifica le misure di difesa e di chiusura che esso adotta. Oltre alle limitazioni o ai divieti all'esportazione di beni rientranti nel proprio patrimonio artistico storico, come quadri, suppellettili, statue, libri, stampe antiche che sono già contemplati e in maniera soddisfacente da altri strumenti convenzionali consente divieti all'importazione di prodotti culturali

⁹⁵ E' stato notato come la sua portata sia più ristretta rispetto alla precedente Dichiarazione del 2001 che riferendosi alle minoranze non dava l'impressione di limitarsi a quelle nazionali. Cfr A. Ferri, *La costituzione*, cit., p. 48.

stranieri il cui contenuto è ritenuto nocivo o sconveniente rispetto alla cultura interna o contrario alla morale o alla religione (si pensi ad es. al giornale satirico Charlie Hebdo assunto agli onori delle cronache dopo gli attentati di Parigi del gennaio 2015). Consente, altresì, interventi diretti a favorire, promuovere le diversità culturali interne con interventi a favore delle proprie industrie culturali.

L'art. 2. 2 dispone che «States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to adopt measures and policies to protect and promote the diversity of cultural expressions within their territory». L'art. 6 dispone, infatti, che “nel quadro delle sue politiche e misure culturali, come descritte all'articolo 4.6, e in considerazione delle circostanze ed esigenze intrinseche, le Parti contraenti possono adottare una serie di misure volte a proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali sul proprio territorio.”⁹⁶

⁹⁶ L'art. 6, n. 2 enumera il tipo di misure che gli Stati possono adottare

2. Queste misure possono includere:

- a) misure regolamentari che mirano a proteggere e a promuovere la diversità delle espressioni culturali;
- b) misure che permettono l'integrazione adeguata delle attività, dei beni e dei servizi culturali nazionali nell'insieme delle attività, dei beni e dei servizi culturali esistenti sul proprio territorio nelle fasi di creazione, produzione, diffusione, distribuzione e utilizzo, comprese le misure concernenti la lingua usata in relazione alle attività, ai beni e ai servizi citati;
- c) misure volte a fornire alle industrie culturali nazionali autonome e alle attività del settore informale un accesso effettivo ai mezzi di produzione, di diffusione e di distribuzione delle attività, dei beni e dei servizi culturali;

Autorizzando lo Stato a tenere certi comportamenti, la norma ha probabilmente inteso escludere che commetta illecito se, così facendo, dovesse venire meno a qualche obbligo. Il riferimento riguarda le regole internazionali sul commercio di beni e servizi che non dovessero considerare ammissibili deroghe dettate dall'esigenza di difendere il patrimonio culturale interno o, più in generale, i valori culturali interni. Lo Stato troverebbe nella conv. una giustificazione per sottrarsi ad altri obblighi, per esempio, al divieto di aiuti di Stato o all'obbligo di non discriminazione.

b) Il profilo esterno

Per quanto riguarda l'aspetto esterno, la conv. dà rilievo alle altrui diversità culturali (citare il passaggio normativo), ed impone l'obbligo di

-
- d) misure volte a concedere aiuti finanziari pubblici;
 - e) misure volte a incentivare gli organismi senza scopo di lucro, istituzioni pubbliche e private nonché artisti e altri operatori culturali nell'elaborazione e nella promozione del libero scambio e della libera circolazione d'idee, di espressioni culturali e di attività, beni e servizi culturali nonché a stimolare la creazione e lo spirito d'impresa nelle loro attività;
 - f) misure che mirano a stabilire e a sostenere in modo adeguato le istituzioni del servizio pubblico;
 - g) misure volte a promuovere e sostenere gli artisti e tutte le altre persone impegnate nella creazione di espressioni culturali;
 - h) misure volte a promuovere la diversità dei media, anche nell'ambito del servizio pubblico della radiodiffusione."

rispetto nei confronti delle altrui diversità culturali⁹⁷. La conv., che ha una particolare attenzione per le comunità dei paesi in via di sviluppo (come enunciato nel Preambolo), impegna gli Stati a promuovere la cooperazione internazionale in materia culturale, auspica la diffusione e la conoscenza di tutte le culture, per la comprensione reciproca, l'arricchimento reciproco, prevede la solidarietà internazionale che permetta alle diverse etnie di partecipare al mercato globale (senza snaturare le loro origini).

Anche nella prospettiva esterna, volta all'apertura e al *favor* verso le altre culture, l'apertura non è assoluta.

Apertura ma anche chiusura. La conv. offre una base giuridica all'adozione di misure di protezione e di incentivazione della cultura e delle attività culturali. Per evitare che le culture si appiattiscano su un modello dominante, la conv. ritiene inevitabili azioni di chiusura da parte degli Stati a difesa della propria cultura e contemporaneamente legittimi interventi a sostegno per impedire che soccomba o sia modificata o contaminata da culture diverse e da altri modi di intendere

⁹⁷ Lo stesso vale per i servizi concretanti in messaggi pubblicitari, film, rappresentazioni teatrali, musicali trasmesse via etere, via cavo o effettuate con altri mezzi es. whatsapp, internet, posta elettronica ecc. (al divieto di importare certi prodotti e messaggi, si aggiunga il rifiuto di riconoscere e dare seguito a situazioni sorte all'estero nel campo familiare come nel caso di unioni civili, partenariati registrati, famiglie poligamiche, ripudio).

la vita (anche se questo contrastasse con la liberalizzazione, divieto di discriminazione etc).

11. Segue. *Dall'eccezione culturale alla diversità culturale*

In dottrina è stato dato molto risalto al superamento dell'eccezione culturale intesa come tutela dell'identità culturale a tutto vantaggio della diversità operato dalla convenzione del 2005⁹⁸.

Ciò è vero solo in parte. Per meglio dire, l'accento posto sulla diversità culturale non rappresenta una svolta rispetto al precedente modo di porsi basato sulla eccezione pura e semplice. Gli effetti che comporta il riferimento alla diversità culturale sono molto più modesti di quel che si può pensare.

Se l'espressione "eccezione" fa pensare alla chiusura e alla difesa, la "diversità" appare avere un significato positivo, di apertura, ciò è solo parzialmente vero in quanto, quando l'invocata diversità è la propria

⁹⁸ V. ad es. S.Foa e W. Santagata, *Eccezione culturale e diversità culturale. Il potere culturale delle organizzazioni centralizzate e decentralizzate*, in Università di Torino, Department of economics, WorkingPaper No.03/2004, p. 2 ss; B. Fleury e J.Walter, *Promouvoir la diversité culturelle?*, in Questions de communication. La responsabilité collective dans la presse, 2008, p. 159 ss; J.Farchy et H. Ranaivoson, *La diversité culturelle dans le commerce mondial: assumer des arbitrages*, in Hermès, 2008, p. 53 ss;

diversità, la sua tutela non esclude una chiusura all'ingresso di valori nocivi così come non esclude un sostegno alla propria cultura.

La conv. accoglie e sostiene le motivazioni che sono alla base dell'eccezione culturale che trova così un chiaro fondamento giuridico (a differenza di quanto avviene in sede Omc). Favorisce inoltre una soluzione intermedia tra quelle accennate in precedenza che propendevano per una chiusura preventiva e totale al commercio dei prodotti culturali e quella che favorevole ad una apertura totale del mercato. Tiene, infatti, conto delle ragioni del commercio e della cultura. Nella consapevolezza della necessità di salvaguardare la diversità culturale, considerata come una preconditione indispensabile per il corretto funzionamento del mercato⁹⁹) la convenzione favorisce la soluzione di una chiusura da effettuare laddove è necessario, come una clausola di eccezione che consenta allo Stato interessato di impedire l'ingresso di quel prodotto o di quel servizio che realmente contrasta con i propri valori¹⁰⁰.

Si tratta di una soluzione ragionevole che avverte come la chiusura pregiudiziale al mercato di questi prodotti non risponda agli interessi

⁹⁹ Su questa posizione S. Foa e W. Santagata, cit., p. 13

¹⁰⁰ I. Bernier, *Cultural diversity and international trade regulations*, in World Culture Report 2000 dell'Unesco, p. 70 ss

stessi della cultura che ha tutto da guadagnare da uno scambio con altre esperienze. Ma nei rapporti con le altre convenzioni è ambigua.

12. L'impatto effettivo della convenzione sulla disciplina del commercio internazionale

Sul piano della prassi questa soluzione non ha avuto riscontro. In occasione di negoziati commerciali gli Stati hanno continuato ad optare per una chiusura totale o parziale del settore attinente alla cultura evitando soluzioni più equilibrate che tenessero conto dei singoli problemi. Non si sa quanto abbia potuto influire la consapevolezza delle obiettive difficoltà di risolvere in concreto i problemi che sarebbero inevitabilmente sorti.

A questo punto occorre chiedersi se la convenzione accresca o attenui i contrasti tra commercio e cultura¹⁰¹. Il rischio di un contrasto era avvertito già nel contesto Unesco dove i compilatori del testo erano consapevoli di dare vita a una convenzione che rimediava alla liberalizzazione del regime Omc¹⁰².

¹⁰¹Cfr. R.J.Neuwirth, art. cit., 391 ss.

¹⁰²H. Ruiz Fabri, *op. cit.* mette in chiaro che l'intento della conv. era proprio quello di rimediare ai vuoti dell'Omc.

Il problema dei rapporti Unesco e Omc è stato ampiamente trattato¹⁰³.

A me pare che i contrasti tra di loro aumentano proprio perché la convenzione conferisce ai prodotti culturali, per il ruolo che svolgono, tutto il rilievo che meritano. E, poi, rileva il riconoscimento della loro doppia valenza, culturale e commerciale, che offre indubbi argomenti per rivendicare per loro un trattamento speciale. Il fatto di consentire l'adozione di misure di protezione non ha altro significato che giustificare violazioni di regole altrimenti applicabili.

Non è errato pensare che l'estensione della tutela ai *cultural products* prodotta dalla conv. del 2005 abbia acuito i contrasti tra commercio e cultura¹⁰⁴.

Accanto agli aspetti di apertura la conv. introduce e riconosce misure di chiusura che si pongono in contrasto coi principi Omc come la dottrina, peraltro, ha già fatto notare¹⁰⁵.

L'art. 8 consente allo Stato di adottare le necessarie misure, in situazioni in cui le espressioni culturali del suo territorio rischiano l'estinzione o

¹⁰³V. per es. T. Voon, *Unesco and the WTO, A clash of Cultures?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, p. 5, la quale tenta una possibile mediazione. Ella riferisce delle obiezioni fatte sulla eccessiva ampiezza e genericità dell'espressione "cultural content" adoperata dalla convenzione nella quale potrebbero confluire oggetti e servizi quanto mai ampi come giochi da computer, oggetti di designer, servizi di architetti 'architectural services', servizi medici, servizi turistici, le automobili, l'acciaio, i tessili, il rame e persino il riso; G. Rubagotti, *art.cit.*, p. 689.

¹⁰⁴ Cfr. T. Voon, *Unesco and Wto*, cit., p. 635 ss; C. Renzulli, *La dimensione*, cit. p. 307; H. Ruiz Fabri, *op. cit.*

¹⁰⁵Cfr. T. Voon, *Unesco and Wto*, cit., p. 635.

dei pericoli. L'art. 7 impegna gli Stati a creare le condizioni per stimolare individui e gruppi sociali a creare, produrre, diffondere e distribuire le loro espressioni culturali¹⁰⁶.

La posizione degli USA sugli effetti prodotti dalla convenzione è negativa. A loro avviso la conv. avrebbe rafforzato posizioni di chiusura piuttosto che di apertura alla diversità culturale e offerto ai paesi oppressivi ulteriori strumenti per l'attuazione delle loro politiche culturali¹⁰⁷.

The United States claims that cultural exception is a form of protectionism that harms global trade and that the UNESCO Convention deals with such protectionism rather than cultural diversity. In addition, it claims that the UNESCO Convention allows for oppressive governments to suppress minority cultural voices. The film industry and other cultural industries in the United States are also against the concept of cultural exception, as it harms their export market, and have lobbied the United States to take its current position against cultural exception.

E' stato rilevato come rileva come a seguito della conv. del 2005 si sia registrata una accresciuta tendenza a rivendicare diritti e pretese da parte degli Stati a difesa della propria identità culturale nel commercio internazionale, giustificata appunto su sue diverse disposizioni (art. 2.2;

¹⁰⁶ T. Voon, *Unesco and Wto*, cit., p. 639 evidenzia come le regole della conv. autorizzino comportamenti in contrasto con le regole OMC "the broad nature of this requirement could encourage WTO Member to impose measures that are inconsistent with the general MFN <most favoured nation> rule in the Wto, and not exempted by any WTO provisions for special and differential treatment of developing countries"

¹⁰⁷ Rapporto Unesco 2000, p. 68

art. 6.2)¹⁰⁸. La risolutezza che caratterizza la formulazione delle citate disposizioni, pur accompagnandosi ad un'evidente approssimazione, condurrebbe effettivamente a ritenere che, applicando le norme della Convenzione, gli Stati membri abbiano tutto il diritto di eccepire un trattamento differenziato – in ambito commerciale – delle attività, dei beni e dei servizi contemplati nell'art. 4 (4). Se si aggiunge che la convenzione ha ottenuto un larghissimo consenso, dimostrato dall'alto numero di ratifiche, si potrebbe pensare al formarsi di un diffuso convincimento della doverosità dei comportamenti previsti, al di là di considerazioni di natura formale legate al rango della fonte e ai rapporti tra fonti dello stesso rango. Il fatto è che la stessa convenzione è ambigua. Da una lato afferma «States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to adopt measures and policies to protect and promote the diversity of cultural expressions within their territory» (art. 2.2) dall'altro sembra non avere la pretesa di volersi imporre sulle altre

¹⁰⁸ Per C. Renzulli, *La dimensione*, cit., p. 306, "Ancorché l'abbattimento delle frontiere commerciali si configuri come una costante indiscussa nella politica commerciale internazionale ed europea (nonché come principio direttamente riconducibile alla genesi di entrambe), con riguardo alla circolazione delle opere considerate (e relativamente al ruolo delle imprese grazie alle quali esse vengono ad esistere) si assiste alla recrudescenza, da parte degli Stati, di istanze che postulano una differenziazione rispetto alla disciplina generale, realizzabile attraverso aiuti di Stato, restrizioni alle importazioni, dazi doganali, e ogni altro trattamento che si riveli privilegiato per le imprese nazionali"

fonti o di aspirare a diventare una norma di diritto internazionale generale. Sintomatico è l'art. 20 che dopo aver affermato nel primo paragrafo che

1. Le Parti contraenti riconoscono la necessità di soddisfare in buona fede i loro obblighi in virtù della presente Convenzione e di tutti gli altri trattati di cui sono parte. Senza quindi subordinare la presente Convenzione agli altri trattati,
a) esse promuovono il sostegno reciproco tra la presente Convenzione e gli altri trattati a cui hanno aderito;
b) quando interpretano e applicano gli altri trattati a cui hanno aderito o quando sottoscrivono altri obblighi internazionali, le Parti contraenti tengono conto delle disposizioni pertinenti della presente Convenzione.

Al n. 2 aggiunge

2. Nessun punto della presente Convenzione può essere interpretato come una modifica dei diritti e degli obblighi delle Parti contraenti a titolo di altri trattati a cui hanno aderito.

Tale disposizione costituisce il vero dilemma in quanto evidenzia una sostanziale vaghezza (che in realtà già traspare dal tenore formale delle sue disposizioni) ed incertezza sulla sua effettiva attuazione. Quanti speravano che la sua conclusione avrebbe rappresentato un'inversione di tendenza nello scenario internazionale relativamente alla circolazione delle opere artistiche contemporanee saranno rimasti delusi.

Mentre da una parte, mi riferisco ai punti a) e b) del n. 1), la conv. afferma che la sua osservanza non è subordinata ad altri trattati, il che significa che non è condizionata alla sua compatibilità con altri trattati lasciando intendere la sua prevalenza su preesistenti obblighi, dall'altra

esclude tutto questo e non autorizza una soluzione di questo tipo anche se l'art. 21 prevede l'impegno degli Stati a promuovere sul piano internazionale i principi della convenzione e a fare in modo che siano da far prevalere nelle sedi internazionali

Secondo l'art. 21 dedicato alla Concertazione e coordinazione internazionali
Le Parti contraenti s'impegnano a promuovere gli obbiettivi e i principi della presente Convenzione in altre sedi internazionali. A questo scopo le Parti contraenti si consultano, se necessario, tenendo conto di questi obiettivi e di questi principi.

Guardando alla prescrizione dell'art. 20 b) secondo cui le parti quando interpretano o applicano altri trattati cui partecipano tengono conto delle pertinenti disposizioni della convenzione è stata prospettata la possibilità di dare una interpretazione dell'art. XX lett. f) sui tesori nazionali in modo da includervi le opere audiovisive¹⁰⁹

¹⁰⁹ A. Arena, *Implementing the Audiovisual Services Directive between world trade rules and cultural diversity*, p. 82 il quale ricorda che altri hanno proposto di agire sull'eccezione XX, lett. a) che si riferisce alla morale (Germann, *Diversité culturelle à l'OMC et l'UNESCO*, in Rev. Int dr economique, 2004) oppure sull'art. XX lett d) che considera la necessità di assicurare l'applicazione delle leggi e dei regolamenti non incompatibili (però) con le disposizioni dell'accordo (Gattini, *La convenzione UNESCO sulla promozione e protezione della diversità culturale e regole WTO*) pur rendendosi conto della difficoltà di giungere ad una soluzione accettabile per le noti posizioni contrarie degli USA che non hanno ratificato la convenzione e per il fatto che le norme unesco possono prevalere sulle altre nei limiti in cui le parti contraenti di entrambi gli strumenti sono le stesse.

13. Segue. *Come si risolve il problema dei rapporti tra la convenzione Unesco e l'OMC?*

Alla luce delle sue stesse disposizioni non può certo affermarsi in maniera inequivoca la superiorità della convenzione Unesco rispetto alle regole dell'Omc.

Una soluzione potrebbe venire dall'affermazione dei suoi enunciati come principi di diritto internazionale aventi, dunque, rango primario la cui osservanza si impone anche in presenza di regole pattizie che stabiliscano diversamente. La conv. di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, definisce queste regole superiori come *jus cogens* (artt. 53 e 64).

L'inquadramento della cultura, del suo godimento e del diritto a pretenderla tra i diritti fondamentali, giustificherebbe, allora, le misure degli Stati a difesa del proprio patrimonio anche in deroga a regole convenzionali (come ad esempio quelle sul commercio internazionale o quelle del diritto UE).

Da un punto di vista formale ciò non risulta. Lo si potrebbe affermare alla luce della prassi. La posizione USA non aiuta. Essi contrastano la diversità culturale che considerano uno strumento utilizzato dagli Stati oppressori per mortificare le culture delle loro minoranze e per impedire l'accesso a prodotti culturali che, invece, potrebbero favorire il

loro sviluppo e progresso (una esportazione della cultura). Mi pare che il senso della convenzione sia proprio il contrario e cioè che, vuole tutelate tutte le culture e riconosce agli Stati il diritto di tutelare le espressioni culturali interne. Se fosse il contrario (e cioè che imponesse un obbligo) gli Stati che coartano i propri sudditi non l'avrebbero certo ratificata.

Tenuto conto di tutte le enunciazioni in merito ai suoi contenuti e alle sue finalità si può convenire sul fatto che la convenzione del 2005 contribuisca alla formazione di una regola sulla tutela della cultura che abbia le caratteristiche di un principio di diritto internazionale. Ciò, tuttavia, non è possibile affermarlo già ora. Manca al riguardo una sicura conferma dalla prassi.

La posizione degli organismi arbitrali all'interno dell'Omc non aiuta.

La condanna della Cina nella controversia con gli Usa e l'accordo tra questi e la Corea del Sud sarebbero la prova di una sconfitta paradossale per la conv. del 2005 sulla diversità culturale. Il mercato cinese, un tempo impenetrabile, mostra delle aperture ai prodotti audiovisivi stranieri grazie al principio del libero scambio tanto che fino ad ora le parti contraenti della conv. del 2005 preferiscono privilegiare il

consenso politico piuttosto che denunciar le politiche culturali che impediscono equilibrati scambi culturali¹¹⁰.

Nel primo capitolo, poi, si è visto che la stessa conv. del 2005, pur facendo riferimento ai diritti fondamentali, evita di inquadrare la cultura tra di essi.

A favore di questo inquadramento si è fatto valere come in una società fondata sui valori della democrazia e della diversità, dove una pluralità deve potersi esprimere, le differenti culture locali e regionali devono potersi esprimere e farsi capire¹¹¹.

La Dichiarazione universale dell'Unesco sulla diversità culturale del 2001, all'art. 5 affermava che

I diritti culturali sono parte integrante dei diritti dell'uomo, che sono universali, inscindibili e interdipendenti. Il libero svolgersi di una diversità creativa esige la

¹¹⁰A. Vlassis, *Ouverture des marchés cinématographique et remise en cause de la diversité des expressions culturelles*, in *Géoeconomie*, 2012« D'ailleurs, l'ouverture du marché cinématographique chinois illustre une défaite paradoxale de la Convention sur la diversité des expressions culturelles (CDEC). Le système chinois quasi-imperméable tend à s'ouvrir de plus en plus aux produits audiovisuels non nationaux grâce au principe du libre-échange, tandis que, jusqu'à présent, les Parties à la CDEC souhaitent privilégier le consensus politique plutôt que dénoncer des politiques culturelles strictes qui interdisent les échanges culturels équitables ».

¹¹¹ In questi termini L. Richieri Hanania, *op. cit.*, p. 21 la quale sottolinea che si tratta nient'altro che del rispetto delle stesse garanzie fondamentali della libertà di espressione e di opinione, invocata anche dagli USA, e che si tratta dei diritti fondamentali consacrati in tanti atti e strumenti internazionali dalla Dichiarazione universale del 1948, nei due Patti delle NU del 1966 e segg.

piena realizzazione dei diritti culturali, quali sono definiti all'Articolo 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dagli articoli 13 e 15 della convenzione internazionale relativa ai diritti economici sociali e culturali. Ogni persona deve quindi avere la possibilità di esprimersi, di creare e diffondere le proprie opere nella lingua di sua scelta e, in particolare, nella lingua madre; ognuno ha diritto a una educazione e formazione di qualità che rispettino pienamente la sua identità culturale, ognuno deve poter partecipare alla vita culturale di sua scelta, ed esercitarne le forme, nei limiti imposti dal rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

La conv. del 2005, che pure si fa interprete e partecipe di esigenze che sono proprie di una società fondata sul pluralismo e sui valori democratici, sancisce il pieno riconoscimento della diversità culturale quale valore da tutelare da parte della comunità internazionale ma colloca questo valore in una posizione subordinata rispetto ai diritti fondamentali dell'uomo¹¹².

Secondo l'art. 2 par. 1, infatti, *“Cultural diversity can be protected and promoted only if human rights and fundamental freedoms, dell to choose cultural expressions, are guaranteed. No one may invoke the provisions of this Convention in order to infringe human rights and fundamental freedoms as enshrined in the Universal Declaration of Human Rights or guaranteed by international law, or to limit the scope thereof”*.

A quanto già detto nel capitolo primo, si può aggiungere che la convenzione in questione rappresenta un tassello nella formazione di

¹¹²L. Richieri Hanania, *op. cit.*, p. 21.

una regola che colloca il patrimonio culturale e la sua tutela all'interno dei diritti fondamentali dell'uomo.

In occasione della distruzione intenzionale di importanti beni culturali (il caso era quello delle statue di Budda di Bamiyam in Afghanistan) si parlò di stabilire un espresso divieto (Progetto di Dichiarazione dell'Unesco concernente la distruzione intenzionale del patrimonio culturale, doc. 32C/25 del 17 luglio 2003 rilevava l'esistenza di incertezze riguardo alla sua esistenza). La ris. 55/243 del 9 marzo 2001 dell'AG delle NU si è limitata a rilevare che quella distruzione (che era stata all'epoca solo annunciata) avrebbe comportato una perdita irreparabile per l'umanità intera. E' stato anche notato un arretramento rispetto a risultati già conseguiti, come la "clausola Martens" o clausola di umanità, inserita a suo tempo nel Preambolo della Conv. dell'Aja del 1899 relativa alle leggi e ai costumi della guerra terrestre e poi diventata un principio di diritto internazionale¹¹³.

14. Sui rimedi praticati

¹¹³ T. Scovazzi, *Le patrimoine culturel*, cit., p. 125 ss

In questa situazione gli Stati interessati al problema si tutelano introducendo limiti ed effettuando puntualizzazione nei trattati commerciali che vanno a stipulare¹¹⁴.

Nei negoziati aperti su accordi commerciali multilaterali di grande portata (come ad es. il CETA e il Ttip) si consolida la tecnica delle eccezioni generalizzate e non delle eccezioni mirate. La prassi, cioè, non asseconda lo spirito della convenzione che afferma l'apertura alla diversità e sottolinea l'importanza della circolazione dei prodotti culturale e dei servizi, perché si orienta ad una esclusione di tutto il contesto delle *cultural industries* o di parte di esso.

Tra i trattati che escludono in toto cito NAFTA, Canada Cile del 1997, Canada Costa Rica del 2001. Tra quelli che, invece, liberalizzano assimilando il regime dei prodotti e dei servizi culturali a quello degli altri prodotti e degli altri servizi quello USA Cile del giugno 2003; USA Singapore del maggio 2003 sono consultabili su internet; CAFTA-DR/ALECA, col Marocco, con l'Australia, Corea del 2007, Panama del 2007. quelli che prevedono esclusioni parziali quelli stipulati dall'UE col Cile

¹¹⁴ J. Farchy e H. Ranaivoson, *La diversité culturelle dans le commerce international : assumer des arbitrages*, in *La Revue*, 2008, p. 53, ricordano che « Dans le cadre des négociations commerciales internationales, les politiques en faveur de la diversité culturelle désignent un objectif qui consiste à limiter l'uniformisation supposée résulter du fonctionnement du marché et du libre-échange ». L. Richieri Hanania, *op. cit.* p. 211

Per quanto riguarda il trattato *Comprehensive Trade and Economic Agreement* (CETA) tra UE e Canada che, allo stato non è stato ancora concluso, nel testo consolidato pubblicato nel 2014 a seguito di laboriosi negoziati da parte della Commissione Europea, *Note for the Attention of the Trade Policy Committee. CETA Consolidated Text*, Brussels, 5 August 2014, sono escluse dalla sua portata le industrie culturali. Nel testo si trovano diversi passaggi in cui viene ribadita questa esclusione¹¹⁵.

Per quanto riguarda il TPP (TransPacific Partnership)¹¹⁶ che è stato firmato nell'autunno 2015, l'art. 29.1 richiama le eccezioni generali dell'art. XX Gatt 1994 e dell'art. XIV Gats che si intendono incorporate nell'accordo, mentre l'art. 29.8 dedicato a Traditional Knowledge, Traditional Cultural Expressions and Genetic Resources, prevede "Subject to each Party's international obligations, each Party may establish appropriate measures to respect, preserve and promote traditional knowledge and traditional cultural expressions".

¹¹⁵Chapter 9 Subsidies; Chapter 10 Investment; Chapter 11 Cross-border Trade in Services; Chapter 14 "Domestic regulation"; Chapter 32 Exceptions

¹¹⁶The TPP is a massive, controversial, pro-corporate "free trade" agreement among the United States and 11 other countries – Australia, Brunei, Canada, Chile, Japan, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore, and Vietnam. Although it is called a "trade" agreement, the TPP is not mainly about trade. Of TPP's 30 chapters, only six deal with traditional trade issues.

Quanto al TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership) tra USA e UE i cui negoziati sono ancora incorso il mandato conferito ai negoziatori dell'Unione esclude dalla portata dell'accordo la materia degli audiovisivi ma non quella delle cultural industries. Come ricorda un documento della Commissione europea e 16 luglio 2014 ciò è essenziale per la difesa della diversità culturale dell'Europa essendo questa una sua caratteristica. Per questo motivo "The TTIP negotiating mandate the EU Member States (meeting as the Council) gave the European Commission expressly excluded the opening of the European audiovisual sector to competition from US firms. This means the Commission is not allowed to negotiate commitments in the sector and that TTIP will clearly exclude audiovisual services from any provisions granting access to EU markets"

La chiusura a queste tematiche, da parte degli accordi prima considerati è certamente ispirata dalla preoccupazione di vedere compromesse le esigenze di difesa dei propri valori e della propria cultura e ribadisce la persistente volontà di impedire che le nuove regole sulla liberalizzazione del mercato e dei servizi possano favorire una liberalizzazione senza freni col rischio di una massificazione della cultura a tutto vantaggio di modelli dominanti.

In certi casi si tratta di una chiusura radicale piuttosto che di una chiusura ragionata, soprattutto se si pensa che, in fondo, buona parte

dei prodotti e dei servizi in questione sono di intrattenimento anche se non per questo esprimono una “cattiva cultura” da cui guardarsi. Ma forse, la paura di non farcela ha indotto certi paesi a insistere su una chiusura a doppia mandata e di evitare di concedere spazi ancora più ampi di quanto è già possibile alla luce delle regole Omc¹¹⁷.

¹¹⁷Critici su una soluzione di questo tipo e favorevoli, invece, a soluzioni più ragionate M. E. Footer e C.B. Graber, *Trade Liberalization and cultural Policy*, cit.

Capitolo Terzo

Il rilievo dei valori culturali sulle libertà del trattato UE (nella dimensione interna)

SOMMARIO : 1. La cultura e i valori culturali nei trattati comunitari. 2. L'emergere di una nuova consapevolezza 3. Le esigenze culturali considerate tra gli interessi generali, possono giustificare limiti all'operatività delle regole del trattato. 4. La verifica della sussistenza delle condizioni richieste: il margine di apprezzamento. 5. Scarsi risultati. 6. Le novità introdotte nel trattato a partire da Maastricht. 7. Segue. Conseguenze prodotte sulle limitazioni alle libertà del trattato e sul regime degli aiuti; (sia sul piano applicativo che sull'attività normativa e organizzativa). 8. Segue. L'attività promozionale della cultura e la salvaguardia del patrimonio culturale europeo sul piano interno. 9. Cenni sull'attività svolta

1. Nel trattato che istituiva la Comunità economica europea l'unico riferimento alla cultura e ai valori culturali si trovava nell'art. 36 in tema di eccezioni al divieto di restrizioni quantitative e alle misure di effetto equivalente all'importazione ed esportazione delle merci. Dopo una serie di disposizioni volte alla liberalizzazione del traffico delle merci nel mercato intracomunitario, l'art. 36 si premurava di precisare che restavano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di protezione, tra

l'altro, del *patrimonio artistico storico o archeologico nazionale*. Le altre ragioni che giustificavano una simile eccezione riguardavano la *moralità pubblica, l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza, la tutela della salute pubblica, la preservazione dei vegetali, la tutela della proprietà industriale e commerciale*. Condizione di ammissibilità per tutte queste eccezioni era che non costituissero un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri. Queste previsioni sono state confermate nelle versioni successive e si trovano riprodotte oggi nell'art. 36 del TFUE.

L'eccezione riferita a questi beni culturali era stata pretesa dagli Stati in possesso di un consistente patrimonio artistico, storico e archeologico che, a giusto motivo, temevano che il regime della libera circolazione applicata alle merci potesse comprometterne la consistenza. Alla luce del trattato, infatti, per questi beni valeva lo stesso regime previsto per le merci.

Il fatto che il trattato si occupasse dei beni appartenenti al patrimonio culturale degli Stati unicamente nell'ambito della circolazione delle merci era scontato, considerato che le sue competenze. Nella sentenza 10 dicembre 1968, causa 7/68, Commissione c. Italia, conosciuta anche come *oggetti d'arte*, la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una misura di carattere fiscale che l'Italia applicava all'esportazione di beni culturali e che pretendeva giustificare sulla base delle eccezioni

consentite dall'art. 36 del trattato, aveva rilevato che la misura perseguisse un fine fiscale piuttosto che la tutela del patrimonio artistico e l'aveva, per questo, giudicata in contrasto col diritto comunitario. La Corte non ebbe dubbi sul fatto che i beni artistici rientrassero tra le merci. A suo giudizio " I prodotti contemplati dalla legge italiana, indipendentemente dalle caratteristiche che li distinguono dagli altri beni commerciabili, hanno in comune con questi ultimi la caratteristica di essere pecuniariamente valutabili e di poter quindi costituire oggetto di negozi commerciali. Tale modo di vedere corrisponde d'altro canto all'impostazione della stessa legge italiana, che determina la tassa litigiosa in funzione del valore degli oggetti di cui trattasi. Risulta dalle considerazioni che precedono che detti beni sono soggetti alle norme comunitarie, salvo le deroghe espressamente previste dal trattato"¹¹⁸.

Nel trattato originario non veniva in rilievo alcun'altra disposizione riferibile ai beni culturali, alle attività culturali o a esigenze culturali né tra le regole sulle merci o sui servizi né tra quelle sugli aiuti di Stato.

¹¹⁸ Come già ricordato retro sub nota 73, secondo P. Pescatore, *Le commerce de l'art et le Marché Commun*, in Rev. trim dr eur, 1985, p. 456, dalla deroga dovevano essere esclusi i beni che non costituiscono una espressione significativa della cultura dello Stato interessato e che hanno, quindi, uno scarso valore. Secondo G. Gaja, *Le rôle de la C.E.E. à l'égard de l'exportation des biens culturels*, in RDIPP, 1989, p.794, restavano ugualmente esclusi i beni che non appartengono alla cultura nazionale dello Stato in cui si trovano ma a quella di un altro Stato.

Relativamente a questi ultimi, l'art. 92 CEE non prendeva in considerazione motivazioni culturali per consentire deroghe.

Per molto tempo neppure nella legislazione secondaria si registrano interventi riguardanti queste materie.

Solo nei primi anni '90 vennero adottati atti sui beni culturali. Si tratta del regolamento 3911/92 relativo all'esportazione dei beni culturali, sostituito dal reg. 116/2009, e della direttiva 93/07 relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro¹¹⁹. Questi due atti erano in linea con le ragioni che avevano ispirato l'eccezione prevista dall'art. 36 CEE e tutelavano l'interesse degli Stati alla protezione dei beni facenti parte del patrimonio artistico nazionale disciplinando la loro esportazione e prevedendo il loro ritorno nell'ipotesi che fossero stati esportati in violazione delle regole interne.

2. A parte questa esigua produzione normativa non si può dire, però, che nel contesto comunitario non emergesse un interesse verso temi culturali. In diverse occasioni sia il Parlamento che il Consiglio europeo avevano richiamato l'attenzione sull'importanza della cultura, intesa in senso ampio, non limitata ai soli beni artistici o a determinate manifestazioni, come quelle artistiche o scientifiche, ma includente i

¹¹⁹ Questa direttiva è stata modificata successivamente dalla direttiva 96/100 e dalla direttiva 2001/38

modi di vita e di organizzazione di un popolo ed avevano auspicato interventi¹²⁰. Nelle conclusioni del Consiglio di Stoccarda nel 1983 si parlava già di una identità europea e si assumeva l'impegno di promuovere «una cooperazione più stretta in materia culturale per affermare la consapevolezza di un'eredità culturale comune quale elemento dell'identità europea». Quanto al Parlamento, nella Risoluzione sul rafforzamento dell'azione comunitaria nel settore culturale del 28 ottobre 1983 (in GU C 342 del 19 dicembre 1983, p. 127) ribadito che la promozione della cultura sul piano comunitario rappresenta una delle risorse fondamentali europee.

Per registrare novità sul piano delle fonti bisognerà attendere i trattati di Maastricht, di Amsterdam e, infine, di Lisbona.

Grazie a questi trattati, la situazione si presenta oggi in maniera notevolmente diversa rispetto alle origini. Alla cultura è riconosciuta una visibilità che prima non aveva e una posizione meglio definita nel quadro delle competenze comunitarie e degli Stati. Come si avrà modo di vedere più avanti, a partire dal trattato di Maastricht fino a quello di Lisbona saranno, tra l'altro, definiti meglio le competenze e i ruoli sulla politica culturale all'interno dell'Unione, sarà stabilita la necessità di

¹²⁰ Per i riferimenti sulla concezione di cultura cui si è rifatta l'UE, v. D. Ferri, *La costituzione culturale dell'Unione Europea*, Padova, 2008, p. 32 ss che sul significato inclusivo di cultura nel quale rientrano i modi di vita e di organizzazione di un popolo rimanda a Y. Donders, *Toward a Right to Cultural Identity?*, Antwerp, 2002, p. 70.

rispettare le diverse culture degli Stati membri e fissato l'obbligo per le istituzioni di tenere conto nell'esercizio delle loro competenze degli aspetti culturali al fine di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture.

Questo aperto riconoscimento consacrerà definitivamente la tendenza, mai sopita, degli Stati ad interventi a tutela dei loro interessi culturali anche se comportano ostacoli alle libertà del trattato relative alla circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali oltre che di aiuti di Stato che ha visto la Corte impegnata a delineare, nel corso del tempo, le condizioni e le circostanze per la loro ammissibilità.

3. Le esigenze culturali, considerate tra gli interessi generali, possono giustificare limiti all'operatività delle regole del trattato

La possibilità di agire in protezione di interessi interni di carattere generale anche in deroga alle regole poste dal trattato e in aggiunta ad esse è stata riconosciuta agli Stati nella nota sentenza *Cassis* del 1979 quando la Corte, nel mentre giudicava contraria alle regole del trattato una normativa tedesca che vietava la commercializzazione di liquori aventi una data gradazione alcolica, precisava le condizioni in presenza delle quali sono ammissibili restrizioni alla circolazione delle merci

ulteriori e diverse da quelle espressamente previste dal trattato. Essa individuava la giustificazione di tali misure nella tutela di interessi generali quali la salute pubblica, la difesa dei consumatori, l'efficacia dei controlli fiscali e la lealtà delle transazioni commerciali. Essa si esprimeva in termini di *esigenze imperative*¹²¹. Si trattava di misure che dovevano rispondere a precise condizioni: doveva trattarsi di misure necessarie e proporzionate al risultato che intendevano perseguire¹²² e non dovevano essere discriminatorie. Si richiedeva, inoltre, che non celassero una finalità economica e che non fossero adottate in presenza

¹²¹ Corte, 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe Zentrale*. Da notare che appena qualche mese prima nella sentenza 24 ottobre 1978, causa 15/78, *Koestler*, la Corte aveva statuito che il principio della libera prestazione dei servizi non si oppone all'operatività di una regola imperativa del diritto tedesco che impedisce di far valere in giudizio crediti corrispondenti a debiti di gioco appariva in contrasto col principio della libera prestazione di servizi.

¹²² Queste condizioni sono state sempre confermate e ribadite dalla Corte. In sentenza 14 febbraio 2008, causa C-244/06, *Dynamic Medien*, "Se la tutela del minore rappresenta un interesse legittimo che giustifica, in linea di principio, una limitazione ad una libertà fondamentale garantita dal Trattato CE, quale la libera circolazione delle merci (v., per analogia, sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, Racc. pag. I-5659, punto 74), è pur vero che tali limitazioni possono essere giustificate solo se sono idonee a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e se non eccedono quanto necessario per conseguirlo (v., in tal senso, sentenze 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, Racc. pag. I-9609, punto 36, nonché 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 75)" (punto 42. In sentenza 30 aprile 2009, causa C-531/07 *Fachverband der Buch* "...la tutela del libro in quanto bene culturale può essere considerata come esigenza imperativa di interesse pubblico che può giustificare misure di restrizione alla libera circolazione delle merci, a condizione che tali misure siano idonee a raggiungere l'obiettivo fissato e non vadano oltre quanto necessario affinché esso sia conseguito" (punto 34).

di regole di armonizzazione¹²³. Queste motivazioni saranno poi riferite ad una ampia serie di situazioni¹²⁴. A titolo di esempio si ricordano la tutela della proprietà intellettuale¹²⁵, quella dei lavoratori¹²⁶, dei consumatori¹²⁷; la tutela dell'ordine sociale¹²⁸; il collocamento degli

¹²³ La ragione è evidente in quanto diversamente sarebbe messa in discussione l'idea di mercato integrato. Con riferimento all'art. 30 e all'eccezione di ordine pubblico in esso richiamata, v. S. Amadeo, *comm. art. 30*, in Trattati dell'UE e della Comunità europea, a cura di A. Tizzano, Milano, 2004, p. 30 s

¹²⁴ Per quanto riguarda in generale la prestazione dei servizi, si consideri Corte 15 marzo 2001, C-165/98, *Mazzoleni*, in cui la Corte afferma che "La libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata solo da norme giustificate da ragioni imperative d'interesse generale e applicabili a tutte le persone o imprese che esercitino un'attività nel territorio dello Stato membro ospitante, qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito (v. segnatamente, sentenze 17 dicembre 1981, causa 279/80, *Webb*, Racc. pag. 3305, punto 17; *Säger*, citata, punto 15; *Vander Elst*, citata, punto 16, *Guiot*, citata, punto 11, e *Arblade* e a., citata, punto 34" (punto 25).

¹²⁵ Corte 18 marzo 1980, causa 62/9, *Coditel*, punto 15.

¹²⁶ Corte, 23 novembre 1999, causa C-369/96, *Arblade*, punto 36.

¹²⁷ Un caso si riferisce alle norme olandesi sulla etichettatura dei prodotti alimentari da farsi in una lingua nota o facilmente comprensibile che la corte giustifica come una esigenza imperativa di informazione e di tutela dei consumatori (sentenza 12 ottobre 1995, causa C- 85/94, punto 24).

¹²⁸ Sulle scommesse sportive e il gioco d'azzardo sentenza 24 marzo, C-275/92, *Schlinder*, punto 60, la Corte sottolinea l'importanza di considerazioni di ordine morale, religioso o culturale e al successivo punto 61 riconosce alle autorità nazionali un potere discrezionale sufficiente a determinare le esigenze di tutela dei giocatori e, in più in generale, tenendo conto delle caratteristiche socio culturali di ogni Stato membro, di tutela dell'ordine sociale. Queste ragioni sono state confermate anche in seguito. V. ad es. ,sentenza 21 ottobre 1999, causa 67/98, *Zenatti*, 8 settembre 2010, C-46/08, punto 29; *Carmen Media Group*, punti 45 e 46; 19 luglio 2012, causa C-470/11, *SIA Garkalns*, punti 35-38.

artisti dello spettacolo¹²⁹; la tutela dei minori¹³⁰; il pluralismo della stampa¹³¹, la tutela dell'ambiente¹³².

Tra le finalità giustificative non manca il riferimento alla "cultura" la cui tutela risponde alle esigenze imperative di carattere generale richieste. La Corte ha consentito, cioè, che, in presenza delle condizioni prima ricordate, misure statali comportino limitazione alle libertà del trattato (circolazione delle merci, prestazione di servizi, regime degli aiuti di Stato) se finalizzate alla soddisfazione di interessi culturali

Abbiamo, così,

-che la conservazione del patrimonio storico-artistico nazionale può costituire una esigenza imperativa che giustifica una restrizione della libera prestazione dei servizi¹³³;

¹²⁹ Corte di giustizia, sentenza 18 gennaio 1979, cause riunite 110 e 111/78 *Van Wesemael*, punto 28, "tenuto conto delle speciali caratteristiche di talune prestazioni di servizi, come il collocamento di artisti dello spettacolo, non si possono considerare incompatibili col trattato talune condizioni specifiche imposte al prestatore in forza di norme sull'esercizio della sua professione, giustificate dal pubblico interesse o dalla necessità di garantire la tutela dell'artista ed obbligatorie nei confronti di chiunque risieda nello Stato in cui viene fornita la prestazione, se il prestatore non è soggetto ad una disciplina analoga nello Stato membro in cui risiede".

¹³⁰ Corte, 14 febbraio 2008, causa C-244/06, *Dynamic Medien*.

¹³¹ Corte 26 giugno 1997, causa C-368/95, *Familiapress*, punto 18).

¹³² Corte, 20 settembre 1988, causa 302/86, *Commissione c. Danimarca*; 14 luglio 1998, causa C-341/95, *Bettati*, punto 62; 7 febbraio 1985, causa 240/83, *ADBHU*; 14 luglio 1998, *Aher-Waggon*, causa C-389/96.

¹³³ Corte 26 febbraio 1991, causa C-180/89, *Commissione c. Italia*, punto 20.

-che la valorizzazione del patrimonio storico e la migliore diffusione possibile delle conoscenze del patrimonio artistico e culturale del paese può costituire un'esigenza imperativa che giustifica una restrizione della libera prestazione dei servizi ¹³⁴;

-che la tutela del libro, in quanto oggetto di cultura ¹³⁵, possa essere considerata come una esigenza imperativa di interesse pubblico che può giustificare misure di restrizione alla libera circolazione delle merci;

-che una politica culturale può costituire una ragione imperativa di interesse pubblico che comporta una restrizione alla libera prestazione di servizi¹³⁶.

L'inserimento della cultura tra le finalità di interesse generale sarà confermata dalla direttiva 2006/123 relativa ai servizi nel mercato interno, il cui art. 4, n. 8 specifica che per «motivi imperativi d'interesse generale» si intende: "... l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica,

¹³⁴ Corte, 26 febbraio 1991, causa C-154/89, Commissione c. Francia punto 17 e causa C-198/89, *Commissione/Grecia*, punto 21.

¹³⁵ Corte, 30 aprile 2009, causa C-531/07 *Fachverband der Buch*, cit.

¹³⁶ "...una politica culturale può certamente costituire un'esigenza imperativa connessa all'interesse generale che giustifichi una restrizione alla libera prestazione dei servizi. La preservazione del pluralismo che questa politica olandese intende garantire è infatti connessa alla libertà d'espressione, tutelata dall'art. 10 della convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e fa parte dei diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario (sentenza 14 maggio 1974, Nold, punto 13 della motivazione, causa 4/73, Race. pag. 491" così nella sentenza Gouda, punto 23. V. anche 13 dicembre 2007, causa C-250/06 *United Pan Europe Communications Belgium*, dove la Corte ribadisce quanto sopra come giurisprudenza costante (punto 41).

l'incolumità pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente marino, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico ed artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale. Il richiamo ad esigenze culturali è stato fatto anche con riferimento agli aiuti di Stato per giustificare misure di sostegno o di vantaggio adottate dall'autorità pubblica per favorire talune imprese anche se questo comporta una violazione del principio di parità di trattamento e falsa la concorrenza incidendo negli scambi tra gli Stati¹³⁷. Sono questi gli effetti ai quali si riferisce il trattato quando vieta gli aiuti, dei quali, peraltro, non fornisce la nozione. "Si deve ricordare, a tale riguardo, che l'art. 92 del Trattato si applica solo agli aiuti concessi dagli Stati ovvero mediante risorse statali, che favoriscono talune imprese o talune produzioni ..." ¹³⁸.

Per comprenderne il significato occorre rifarsi alla prassi della Corte¹³⁹.

¹³⁷Cfr Loman, Mortelmans, Post, Watson (ed.) *Culture and community law. Before and after Maastricht*, Deventer-Boston, 1992, p. 44 ss, sulle esigenze imperative, p. 123 ss, spec. 135 ss sugli aiuti di Stato.

¹³⁸ Sentenza 29 febbraio 1996, causa C-56/93, *Belgio c. Commissione*, punto 81.

¹³⁹C. Cellerino e F. Munari, comm. Art. 107, in *Trattati dell'Unione Europea* (a cura di A. Tizzano), Milano, 2014, p. 1141 ss..

Così, nella sentenza, *Van Tiggelen*¹⁴⁰, essa ha affermato che secondo l'art. 92 CEE sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma, che favorendo talune imprese o taluni prodotti, falsino o minaccino di falsare la concorrenza (punto 23)¹⁴¹.

Negli aiuti di Stato la Corte fa rientrare qualsiasi misura riconducibile allo Stato (inteso in senso lato come autorità pubblica) che conferisca ad una o a talune imprese un vantaggio¹⁴², in quanto strumenti di politica economica per gli effetti distorsivi prodotti sulla concorrenza sono stati sempre considerati contrari alle finalità del trattato e per questo vietati¹⁴³.

Nel regime del divieto degli aiuti di Stato e, più in particolare, delle eccezioni ammissibili, solo a partire dal trattato di Maastricht risulteranno citate espressamente motivazioni culturali. Fino ad allora,

¹⁴⁰ 24 gennaio 1978, causa 82/77

¹⁴¹ Il caso riguardava misure statali che fissavano un prezzo minimo al dettaglio allo scopo di favorire i distributori di un prodotto. Successivamente la Corte avrà modo di precisare che non si può distinguere a seconda che l'aiuto venga concesso sotto forma di prestiti o sotto forma di partecipazione al capitale quando risultino soddisfatte le condizioni previste dall'art. 92.

¹⁴² Sentenza 29 febbraio 1996, causa C-56/93 *Belgio c. Commissione*, punto 81

¹⁴³ Cfr. A. Blasi e F. Munari, *comm. art. 87 TCE*, in Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea, (a cura di A. Tizzano), Milano, 2004, p.592 ss. . D. Ferri, *La costituzione*, cit., p. 85 e bibliografia ivi cit. Quanto alla prassi della Corte, v. la riportata da B. Nascimbene – M. Condinanzi (a cura di), *Giurisprudenza di diritto comunitario. Casi scelti*, Milano, 2007, p. 1134 ss.

l'ammissibilità di aiuti aventi questa giustificazione era stata valutata alla luce della previsione che prevede genericamente aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di alcune attività economiche (art. 92, n. 3 CEE lett. c).

Nel caso degli aiuti accordati dal governo greco all'industria cinematografica per la produzione di film greci¹⁴⁴, con decisione 89/441 del 21 dicembre 1988 la Commissione ricorda di aver ritenuto in modo costante che gli aiuti alla cinematografia, a causa del carattere particolare di questa attività, nel contempo economica e culturale, possano beneficiare delle deroghe previste dall'articolo 92, paragrafo 3, lettera c), a condizione che essi siano conformi a tutte le prescrizioni del trattato, in particolare a quelle relative alla libera circolazione delle persone e alla libera prestazione di servizi (articoli 7, 48, 52 e 59). All'esito di queste verifiche, essendo risultati discriminatori decide che gli aiuti in parola sono incompatibili col trattato¹⁴⁵.

¹⁴⁴ in GUCE L 208 del 20.7.1989 p. 38-41

¹⁴⁵ Anche se astrattamente compatibili, gli aiuti devono essere comunque autorizzati dalla Commissione seguendo un dato procedimento a meno che la misura non rientri nel regolamento di esenzione per categoria che sarà adottato nel quadro del regolamento CE n. 994/98 del Consiglio, del 7 maggio 1998, sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato che istituisce la Comunità europea a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali (26) (il regolamento di autorizzazione). Se una misura soddisfa tutti i requisiti stabiliti dal regolamento di esenzione per categoria, lo Stato membro non è tenuto a notificare la misura di aiuto prospettata e la clausola di sospensione non si applica. Basandosi sul regolamento di autorizzazione, la Commissione ha inizialmente adottato vari regolamenti di esenzione per categoria (27), alcuni dei quali, nel frattempo, sono

4. La verifica della sussistenza delle ragioni invocate: il margine di apprezzamento

Rispetto alle eccezioni alla libertà del trattato alla circolazione delle merci e dei servizi espressamente contemplate¹⁴⁶, che sono di stretta interpretazione¹⁴⁷ e che comportano un trattamento discriminatorio, quelle che trovano giustificazione in esigenze imperative sono indistintamente applicabili¹⁴⁸. A parte questo aspetto, ai fini della sussistenza di validi motivi giustificativi, sia per le une che per le altre la Corte è disposta a riconoscere agli Stati un margine di apprezzamento che può essere più o meno ampio e può dipendere, a volte, dalla

stati sostituiti dal regolamento (CE) n. 800/2008 della Commissione, del 6 agosto 2008, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato («il regolamento generale di esenzione per categoria»).

¹⁴⁶ (si tratta dell'op, della pubblica sicurezza, della sanità nel campo della circolazione delle merci (art. 36 CEE); della pubblica sicurezza e della sanità pubblica nel campo della circolazione delle persone e dei servizi (art 48 e 66 CEE che richiama l'art. 56 in tema di stabilimento); dell'o.p. e della pubblica sicurezza per quanto riguarda la libera circolazione dei capitali(art. 65 TFUE)

¹⁴⁷Corte di giustizia, sentenza 2 maggio 1990, *Bakker Hillegom*, causa C-111/89). Esse possono anche essere discriminatorie e riguardare solo le importazioni (sentenza 25 luglio 1991, cause C-1/90 e C-176/90, *Aragonesa*, punto 13)

¹⁴⁸ R. Mastroianni, *Il ruolo del principio*, cit., p. 74, commentando le sentenze relative al sistema televisivo olandese (v. infra par. 5) dubita che le esigenze statali nel settore culturale possano essere prese in considerazione unicamente se comportano misure indistintamente applicabili e ritiene che queste esigenze possano tradursi anche in misure discriminatorie ed essere giustificate con le motivazioni di ordine pubblico previste dall'art. 56 CE.

disponibilità di dati scientifici a supporto, altre volte dall'esistenza o meno di un convincimento abbastanza diffuso al riguardo. Per quanto riguarda la tutela della salute, non può negarsi un rilievo alla disponibilità di dati di carattere scientifico (come nel caso degli OGM). In mancanza, resta operante la regola enunciata dalla Corte quando ha affermato che compete agli Stati decidere il livello al quale intendono garantire la tutela della sanità pubblica, sia pure nei limiti del trattato e, in particolare nel rispetto del principio di proporzionalità¹⁴⁹. Nel caso di motivazioni fondate sull'ordine pubblico, la Corte ha affermato "È opportuno, in proposito, sottolineare che la nozione d'ordine pubblico nel contesto comunitario, specie in quanto autorizza una deroga al principio fondamentale della libera circolazione dei lavoratori, va intesa in senso stretto, col risultato d'escluderne qualsiasi valutazione unilaterale da parte dei singoli Stati membri senza il controllo delle istituzioni comunitarie. Non si può tuttavia negare che la nozione di ordine pubblico varia da un paese all'altro e da un'epoca all'altra. È perciò necessario lasciare, in questa materia, alle competenti autorità nazionali un certo potere discrezionale entro i limiti imposti dal trattato"¹⁵⁰. Anche in seguito la Corte ha precisato che "la nozione di «ordine pubblico» nel contesto comunitario e, in particolare, in quanto giustificazione di una deroga alla libertà di prestazione dei servizi

¹⁴⁹ Corte 13 luglio 2004, causa C-429/02 *Bacardi France*, punto 33

¹⁵⁰ Corte 4 dicembre 1974, causa 41/74, *Van Duyn*, punto 18.

dev'essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni comunitarie ... Ne deriva che l'ordine pubblico può essere invocato solamente in caso di minaccia effettiva e abbastanza grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività"¹⁵¹. Nella sentenza relativa al caso *Dynamic Medien*, in cui venivano in rilievo problemi relativi alla tutela dei minori, la Corte dice che poiché "le concezioni variano in funzione, in particolare di considerazioni di carattere morale o culturale, si deve riconoscere agli Stati membri un margine discrezionale certo". (punto 44).

In 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, punto 37 la Corte esclude che una misura possa essere consentita solo se sulle sue motivazioni vi sia unanimità di consensi da parte degli Stati. "Non è indispensabile, a tale proposito, che una misura restrittiva emanata dalle autorità di uno Stato membro corrisponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale o dell'interesse legittimo in causa. Se è vero che, al punto 60 della citata sentenza *Schindler*, la Corte ha fatto riferimento alle considerazioni di ordine morale, religioso o culturale che inducono gli Stati membri ad assoggettare l'organizzazione di lotterie e altri giochi d'azzardo a restrizioni, tuttavia essa non intendeva, menzionando tale concezione

¹⁵¹ Corte 14 marzo 2000 causa C-54/99, *Èglise de Scientologie*, punto 17.

comune, formulare un criterio generale per valutare la proporzionalità di ogni misura nazionale che limita l'esercizio di un'attività economica". Con riguardo specifico alle motivazioni di carattere culturale la Corte ha affermato che agli Stati è riconosciuto un ampio potere discrezionale nel perseguimento dell'obiettivo della salvaguardia del pluralismo linguistico del paese¹⁵². Ciò sarà confermato anche in seguito¹⁵³.

A tutto questo si aggiungono, poi, le condizioni già ricordate affinché le misure interne possano essere considerate ammissibili che la Corte ha individuato nella loro necessità, nel carattere non discriminatorio, nella loro proporzionalità rispetto al risultato perseguito¹⁵⁴. La valutazione di queste condizioni è di competenza esclusiva della Corte¹⁵⁵. Per questo

¹⁵² Sentenza 28 novembre 1989, causa C-379/87, *Groener*, cit.

¹⁵³ Nella sentenza 5 marzo 2009, causa C-222/07, *UTECA* la Corte ribadirà che "non si può ritenere che l'obiettivo perseguito da uno Stato membro consistente nel difendere e promuovere una o più delle sue lingue ufficiali, debba necessariamente essere corredato da altri criteri culturali affinché possa giustificare una restrizione a talune delle libertà fondamentali garantite dal trattato" (punto 33).

¹⁵⁴ "la possibilità per uno Stato membro di fare uso di una deroga prevista dal trattato non esclude il controllo giurisdizionale delle misure di applicazione di tale deroga" (Corte, 4 dicembre 1974, *Van Duyn*, punto 7). Le misure non devono però essere sproporzionate rispetto al fine e le modalità di applicazione non devono comportare discriminazioni a danno di cittadini di altri Stati membri (sentenza 13 dicembre 2007, causa C-250/06, *United Pan Europe Communications Belgium*, punto 44); infine non devono vanificare le disposizioni comunitarie relative ad una libertà fondamentale (punto 45).

¹⁵⁵ Sulla possibilità di effettuare verifiche e controlli sulla effettiva sussistenza delle motivazioni addotte a giustificazione di comportamenti contrari a diritti fondamentali, I. Anrò, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in F. Costamagna, A. Oddenino, E. Ruozzi, A. Viterbo, L. Mola, L. Poli (a cura di), *La*

può dirsi che l'atteggiamento degli Stati non sconfina mai nella discrezionalità assoluta¹⁵⁶.

Analogo controllo viene esercitato dalla Commissione sugli aiuti di Stato per la cui ammissibilità, come si è ricordato prima, oltre che riguardare lo sviluppo economico di regioni in ritardo, di attività e di settori ben individuati (salvo ulteriori possibilità non specificate), devono ricorrere ulteriori condizioni.

funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario, Napoli, 2010 p. 14, riferisce che la Corte tende a lasciare agli Stati un ampio margine di valutazione in settori non armonizzati (13 luglio 2004, causa C-429/02, *Bacardi France*, p. 33; sentenza del 13 dicembre 2007, causa C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium*, p. 44). A suo avviso, la Corte di giustizia consente agli Stati di adottare misure di protezione di interessi quali la tutela della salute o la politica culturale in ambiti in cui non sia stato fissato uno standard comunitario di tutela, anche nei casi in cui possano costituire un ostacolo alle libertà di circolazione, facendo salvo il principio di proporzionalità.

¹⁵⁶G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, p. 418 ss; G. Strozzi, *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, Torino, 2015, p. 34 ss. Il problema legato all'operatività di eccezioni quali l'o.p., la tutela della moralità pubblica, che più delle altre pongono l'interprete la maggiori difficoltà, ha interessato anche il rapporto tra le libertà del trattato e i diritti fondamentali. La Corte si è dovuta pronunciare sul godimento del diritto di sciopero in relazione al diritto di circolare in una situazione in cui l'occupazione della sede stradale aveva impedito la circolazione dei mezzi (sent 12 giugno 2003, causa X-112/00, *Schmidberger*); sulla tutela della dignità umana nei riguardi della libera prestazione di servizi nell'ammettere o meno il divieto di commercializzazione di laser-giochi che prevedono l'uccisione dell'avversario (sent causa C-36/02, *Omega*); sulla tutela dei minori con riferimento alla vendita di supporti video giudicati nei paesi di origine vietati ai minori di anni 15 ma non valutati nel paese di vendita dall'organo di controllo per la difesa dei minori (sent. C-244/06, *Dynamic Medien*).

5. Scarsi risultati

Poche volte la motivazione culturale invocata per giustificare restrizioni alle libertà del trattato è stata ritenuta sufficiente dalla Corte. In alcuni casi essa ha ritenuto che le misure non fossero proporzionate al risultato perseguito oppure non necessarie o, ancora, discriminatorie o aventi una (nascosta) finalità economica¹⁵⁷.

Nella sentenza 17 gennaio 1984 cause 43 e 63/82, *VBVB* e *VBBB*, in cui le ricorrenti lamentavano che la Commissione aveva censurato l'accordo sulla fissazione dei prezzi dei libri da loro stipulato, al punto 46 la Corte "pur ammettendo che il carattere specifico del libro come oggetto di commercio possa giustificare talune particolari condizioni in materia di distribuzione e di prezzi ..." ha rilevato che il contenuto dell'accordo tra essi interlocutori comportava una limitazione della concorrenza sufficientemente grave da giustificare il giudizio negativo della Commissione.

Nella sentenza 11 luglio 1985, cause 60 e 61/84, *Cinéthèque*, dove si poneva il problema della compatibilità col diritto comunitario di una normativa francese che vietava l'utilizzazione in cassette di un film prima che fosse trascorso un certo tempo dalla sua uscita (art. 30, 34 e 36 in tema di merci o art. 59 in tema di servizi), la Corte,

¹⁵⁷ R. Mastroianni, *Il ruolo del principio*, cit., p. 63 ss.

occupandosene sotto il profilo del regime delle merci, ritenendo che la questione della fabbricazione dei supporti non rientrava tra i servizi, l'ha ritenuta compatibile a condizione che il divieto si applichi indistintamente alle videocassette fabbricate nel territorio nazionale ed a quelle importate e qualora gli eventuali ostacoli che la sua applicazione può provocare per gli scambi intracomunitari non eccedano quanto è necessario per garantire, durante un periodo iniziale, la precedenza all'utilizzazione nelle sale di proiezione delle opere cinematografiche di qualsiasi origine rispetto ad altri mezzi di diffusione (punto 24).

Nella sentenza 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT* la Corte è stata chiamata a pronunciarsi, tra l'altro, sulla compatibilità delle norme greche in tema di monopolio televisivo con le regole sulla libera circolazione dei servizi. Essa ha affermato che "il diritto comunitario non osta all'attribuzione di un monopolio della televisione per considerazioni d'interesse pubblico, di carattere extraeconomico." Ma poi ha aggiunto "Tuttavia, le modalità di organizzazione e l'esercizio di un siffatto monopolio non debbono ledere le disposizioni del Trattato in materia di libera circolazione delle merci e dei servizi, come pure le norme di concorrenza" (punto 12). In particolare "...l'art. 59 del Trattato osta ad una normativa nazionale che crei un monopolio dei diritti

esclusivi di diffusione di emissioni proprie e di ritrasmissione di emissioni provenienti da altri Stati membri, qualora un siffatto monopolio comporti effetti discriminatori a danno delle emissioni provenienti da altri Stati membri, a meno che detta normativa non sia giustificata da uno dei motivi indicati nell'art. 56, al quale l'art. 66 del Trattato fa rinvio. (punto 26).

Nella sentenza 16 dicembre 1992, causa C-211/91, *Commissione c. Belgio* punti 7-9 la Corte ricorda che “Il governo belga adduce tuttavia obiettivi di politica culturale per giustificare la normativa di cui trattasi, ossia il mantenimento del pluralismo nella stampa, che fruisce direttamente degli introiti pubblicitari delle emittenti televisive nazionali, la tutela e lo sviluppo del patrimonio artistico nonché la sopravvivenza delle emittenti nazionali. Questi argomenti non possono essere accolti. Dal primo e dal terzo obiettivo della politica culturale, fatti valere dal governo belga, emerge che il provvedimento contestato ha in realtà lo scopo di limitare la concorrenza effettiva alle emittenti nazionali, al fine di salvaguardare gli introiti pubblicitari di queste ultime. Quanto all'obiettivo di tutela e di sviluppo del patrimonio artistico, basta rilevare, con la Commissione, che il provvedimento contestato è in realtà tale da ridurre la domanda di produzioni televisive in neerlandese”.

Al perseguimento di finalità economiche che rendono le misure inaccettabili fa riferimento la sentenza del 10 gennaio 1985, causa 229/83, *Leclerc*, in cui la Corte si è dovuta confrontare con misure interne adottate in Francia che imponevano il prezzo fisso nella vendita di libri. Il governo francese, come ricordato nel punto 16, aveva tra l'altro sostenuto che quelle misure avrebbero avuto lo scopo di tutelare il libro, quale strumento culturale, e che si sarebbe trattato pertanto di un provvedimento indispensabile al fine di sostenere il libro. La Corte ribadendo, invece, che l'art. 36 CE va interpretato restrittivamente ha sentenziato in maniera laconica che né la difesa degli interessi dei consumatori (ai quali pure si era riferita la difesa francese) né "... la tutela della creatività e della differenziazione culturale nel settore libro figurano tra i motivi nominati in tale articolo.." (punto 30)¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Riferimenti all'art. 36 CE dello stesso tenore ricorrono anche nella sentenza di gran lunga successiva, del 30 aprile 2009, causa C-531/07 *Fachverband der Buch* dove la Corte dirà, appunto, che la protezione del libro non rientra tra le eccezioni al divieto di importazione delle merci previste dall'art. 36 non essendo i libri annoverabili tra i beni che fanno parte del patrimonio artistico, storico e archeologico ("...gli obiettivi evocati dal giudice del rinvio, come la protezione del libro in quanto bene culturale, non possono costituire una ragione di giustificazione di misure di restrizione all'importazione ai sensi dell'art. 30 CE (v., in tal senso, sentenza *Leclerc* e a., cit., punto 30)"; che non vi rientra la diversità culturale in generale (punto 32) e che l'art. 151 CE "...non può essere fatto valere, ... come una disposizione che introduce nel diritto comunitario una causa di giustificazione per qualsiasi misura nazionale nella materia suscettibile di ostacolare il commercio intracomunitario" (punto 33). Ma ha subito dopo sottolineerà che "... la tutela del libro in quanto bene culturale può essere considerata come esigenza imperativa di interesse pubblico che può giustificare misure di restrizione alla libera circolazione

Nelle sentenze relative al sistema televisivo olandese (sentenza 25 luglio 1991, causa C-288/89, *Gouda* e 25 luglio 1991, causa C-353/89, *Commissione c. Regno Paesi Bassi*), la Corte, oltre al presunto carattere discriminatorio della normativa olandese che, imponendo alle emittenti stabilite fuori del territorio olandese gli stessi limiti e restrizioni previsti per quelle interne, avrebbe determinato una restrizione alla libera circolazione del servizio, individuava nelle misure olandesi motivazioni dettate non da obiettivi culturali ma di natura economica¹⁵⁹.

Nella sentenza 4 maggio 1993, causa C-17/92, *Federacion de Distribuidores Cinematograficos*, punti 17-21 la Corte rileva che “Il Real Decreto Legislativo persegue senza dubbio un siffatto scopo economico, giacché, proponendosi di garantire la distribuzione di un gran numero di film nazionali, si risolve nel garantire ai produttori di tali film incassi adeguati. Il governo spagnolo ha cionondimeno sostenuto che il Real Decreto Legislativo perseguiva uno scopo culturale, cioè quello di proteggere la produzione cinematografica nazionale. Questo argomento non può essere accolto.

A parte il fatto che la politica culturale non figura fra i motivi contemplati dall'art. 56, va rilevato che il Real Decreto Legislativo

delle merci, a condizione che tali misure siano idonee a raggiungere l'obiettivo fissato e non vadano oltre quanto necessario affinché esso sia conseguito” (punto 34).

¹⁵⁹Critico R. Mastroianni, *Il ruolo del principio*, cit., p. 71.

favorisce la distribuzione di film nazionali, qualunque siano il loro contenuto o la loro qualità. Stando così le cose, si deve concludere che il nesso fra il rilascio di licenze di doppiaggio per film provenienti da paesi terzi e la distribuzione di pellicole cinematografiche nazionali persegue uno scopo di natura puramente economica, il quale non costituisce un motivo di ordine pubblico ai sensi dell'art. 56 del Trattato”.

Alla condizione della necessità fa riferimento la sentenza 26 febbraio 1991, causa C-180/89, Commissione/Italia, sulla conservazione del patrimonio storico-artistico nazionale cit, in cui la Corte conclude rilevando che “.... la condizione imposta dalla normativa italiana eccede quanto è necessario a garantire la tutela di questo interesse, in quanto subordina l'attività della guida turistica che accompagna gruppi di turisti provenienti da un altro Stato membro al possesso di una licenza” punto 20). E, ancora, la sentenza 26 febbraio 1991, causa C-154/89, *Commissione c. Francia*, cit. dove la Corte rileva che “ Il requisito fissato dalla normativa francese eccede [tuttavia] quanto è necessario per garantire la tutela di questo interesse, giacché subordina l'attività della guida turistica che accompagna gruppi di turisti provenienti da un altro Stato membro al possesso di una tessera professionale” (punto 16).

Nella sentenza 26 febbraio 1991, causa C-198/89, Commissione/Grecia, cit., la Corte ha ritenuto che la normativa ellenica sul controllo di qualità sulla documentazione stampata che circola all'interno del paese e sulla

documentazione diffusa fuori dalla Grecia affinché dia una corretta rappresentazione del retaggio artistico e culturale del paese eccede quanto è necessario a garantire la tutela di questo interesse, giacché subordina l'attività della guida turistica che accompagna gruppi di turisti provenienti da un altro Stato membro al possesso di una autorizzazione (punto 21).

Altra volta è stato il carattere discriminatorio di certe misure a indurre la Corte a ritenerle non conformi al trattato. E' il caso trattato dalla sentenza 16 dicembre 1992, C-211/91, *Commissione c. Belgio* avente ad oggetto la domanda intesa a far dichiarare che, mantenendo in vigore, nella normativa vigente nella Comunità fiamminga, disposizioni contrastanti con il diritto comunitario per quanto riguarda la diffusione di programmi televisivi sulle reti di teledistribuzione e le condizioni alle quali sono soggette le emittenti televisive non pubbliche, il Regno del Belgio è venuto meno agli obblighi che gli incombono in forza degli artt. 52, 59, 60 e 221 del Trattato CEE.

6. Le novità introdotte nel trattato a partire da Maastricht

Come accennato, il trattato di Maastricht ha dato visibilità alla cultura facendone oggetto di un apposito titolo e ponendola tra le finalità dell'azione comunitaria. Ciò ha avuto una ricaduta positiva anche sulle

valutazioni della Corte circa l'ammissibilità di eccezioni alle libertà del trattato fondate su motivazioni culturali. Sotto questo profilo si può dire che le disposizioni del trattato di Maastricht hanno rafforzato una impostazione abbastanza definita. Sotto un altro verso, poi, le disposizioni sulla cultura introducono, come vedremo, delle novità assolute¹⁶⁰.

Nel trattato di Maastricht sono presenti diversi riferimenti alla cultura intesa nella sua accezione ampia¹⁶¹. Già nel Preambolo vi è un richiamo al desiderio di "intensificare la solidarietà tra i popoli rispettandone la storia, la cultura e le tradizioni". Vi è poi l'art. F secondo cui "l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri..", mentre l'art. 3 lett. p) precisa anche che l'azione della Comunità comporta "un contributo ad un'istruzione e ad una formazione di qualità e al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri"¹⁶². Ma anche "il miglioramento .. della qualità della vita" menzionato dall'art. 2 CE tra i nuovi obiettivi generali

¹⁶⁰ A queste novità segue la Comunicazione della Commissione del 29 aprile 1992 che considera, appunto, le prospettive che si aprono con il trattato di Maastricht COM(92) 149.

¹⁶¹ v. D. Ferri, *La costituzione*, cit. p. 32 che riporta Y.M. Donders, *Towards a Right to a Cultural Identity*, Antwerpen, 2002, p. 70.

¹⁶² Ciò ha fatto parlare di un principio di competenza culturale comunitaria. Cfr D. Ferri, *La costituzione*, cit., p. 71ss a AA citt.

del trattato può giustificare l'inserimento tra questi anche degli obiettivi culturali¹⁶³.

A questo si aggiunge l'inserimento nel trattato CE di uno specifico titolo (tit. IX) dedicato alla *Cultura*. L'unico articolo che compone questo titolo (art. 128) prevede che la Comunità contribuisca al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, e fa riferimento al retaggio culturale comune da evidenziare. Alla Comunità è affidato il compito di incoraggiare la cooperazione tra gli Stati membri nella conoscenza e nella diffusione della storia dei popoli europei, nella conservazione del patrimonio, negli scambi culturali. E poi, il compito di cooperare, insieme agli Stati membri, con Stati terzi e con organizzazioni internazionali in materia di cultura. Più importante di tutte è, poi, la disposizione che stabilisce che dovrà tenere conto degli aspetti culturali quando agisce ai sensi delle altre disposizioni del trattato perché condiziona ad essi tutto l'agire della Comunità.

In tema di aiuti di Stato, il trattato di Maastricht introduce, poi, quelli destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio tra quelli che possono essere dichiarati ammissibili dalla Commissione sempre, beninteso, che non alterino le condizioni degli scambi e della

¹⁶³Così A. Loman, Mortelmans, Post, Watson (ed.), *Culture and Community Law before and after Maastricht*, p. 190.

concorrenza nella comunità in misura contraria all'interesse comune. Si tratta della lett. d) che è stata aggiunta al n. 3 dell'art. 92 CE che rende inutile cercare una copertura all'interno della previsione più generica prevista dalla lett. c) che considera tra quelli ammissibili gli aiuti "destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività".

Del tutto nuovi sono i compiti della Comunità che il trattato di Maastricht ha previsto per quanto riguarda lo sviluppo da parte della Comunità delle culture degli Stati membri, la sua attenzione per il retaggio culturale comune, la promozione della conoscenze e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei, la conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale europeo. Si tratta di un'attività di promozione e di salvaguardia di certi valori da realizzare sia sul piano interno che esterno cooperando con altri Stati ed organizzazioni internazionali competenti in materia di cultura¹⁶⁴.

L'interesse verso il retaggio comune e l'identità europea non fa venir meno l'interesse del singolo Stato per la propria cultura la cui tutela giustifica l'adozione di adeguate misure, con conseguenze anche sotto il profilo degli aiuti.

Qualche modifica viene successivamente introdotta dal trattato di Amsterdam del 1997. Nel testo del titolo XII dedicato alla Cultura, l'art. 151 TCE ribadisce la precedente versione precisando, là dove si riferisce

¹⁶⁴ Sul punto, M. Marletta, comm. art. 156, cit., p. 1510

agli aspetti culturali di cui le istituzioni devono tener conto quando agiscono alla luce del trattato, che ciò serve “in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture”(n. 4, seconda parte).

Da considerare il Protocollo al trattato di Amsterdam *Sul sistema di radio diffusione pubblica negli Stati membri* che, ricordato che il sistema di radiodiffusione pubblica è direttamente collegato alle esigenze democratiche, sociali e culturali, nonché all’esigenza di preservare il pluralismo dei mezzi di comunicazione, afferma che le disposizioni del trattato non pregiudicano la competenza degli Stati al finanziamento del servizio pubblico nella misura in cui questi finanziamenti siano finalizzazioni all’adempimento della missione di servizio pubblico, etc.¹⁶⁵

Le posizioni definite con i trattati di Maastricht e di Amsterdam trovano, poi, conferma nel trattato di Lisbona, sia per quanto riguarda le prerogative statali che per la rilevanza delle identità culturali nazionali nei vari settori di competenza UE. In tale trattato è ribadito che l’Unione rispetta la ricchezza della *diversità culturale e linguistica*¹⁶⁶ e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del *patrimonio culturale europeo* (art. 3, n.

¹⁶⁵ Queste previsioni sono state riproposte nel Protocollo n. 29 *Sul sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri* del TFUE.

¹⁶⁶ Si ricorda che già l’art. 1-8 della costituzione europea prevedeva che il motto dell’UE fosse “unità nella diversità”. Sulle diversità culturali e linguistiche, E. Ceccherini, *Il riconoscimento delle diversità culturali e linguistiche nell’ordinamento costituzionale europeo*, in *Dir. pub. comp. eur*, 2007, II, p. 660 ss.

3 ult. cpv TUE), coerentemente con quanto enunciato dall'art. 4 par. 2 TUE, secondo il quale l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la *loro identità nazionale*, anche se questa precisazione è riferita, per vero, come puntualizza lo stesso par. 2, alla "loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro".

Il titolo XIII (art. 167) del TFUE, dedicato alla Cultura, ripropone con gli aggiustamenti formali resi necessari dal passaggio dalla Comunità all'Unione e con modifiche al n. 5, circa il ruolo del Parlamento quanto già previsto dall'art. 151 TCE ¹⁶⁷.

¹⁶⁷ M. Marletta, *comm. art. 167 TFUE*, cit., p. 1510. Così, all'UE è confermato il compito di contribuire al pieno sviluppo delle culture degli Stati europei nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, dando evidenza al retaggio culturale comune (art. 167, n. 1); quello di incoraggiare la cooperazione tra gli Stati membri e se necessario di appoggiare ed integrare la loro azione -nel miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei; -nella conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea;- negli scambi culturali non commerciali;-nella creazione artistica e letteraria incluso il settore audiovisivo (art. 167, n. 2).

All'Unione e agli Stati spetta favorire la cooperazione internazionale competenti in materia di cultura (art. 167, n. 3). Nell'art. 167, n. 4 è ribadito l'obbligo per l'UE di tener conto degli aspetti culturali (quindi della diversità culturale delle realtà nazionali e locali, del retaggio comune) tutte le volte che agisce nell'esercizio delle sue competenze.

Il condizionamento culturale al quale l'art. 167, n. 4 sottopone l'azione dell'Unione trova riscontro anche nell'art. 13 TFUE secondo cui “nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e dello sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale”¹⁶⁸

Per quanto riguarda il regime degli aiuti, l'art. 107, n. 3, lett. d) TFUE ribadisce il regime già introdotto a Maastricht e confermato ad Amsterdam che considera ammissibili quelli “... destinati a promuovere

¹⁶⁸ In questa prospettiva possono venire in rilievo problemi legati ad es. all'uso dei forni a legna per la cottura del pane o della pizza che, in certe condizioni, può essere dannoso per la salute, oppure a certi riti, come certe forme di macellazione rituali islamiche (ed anche ebraiche) degli agnelli, che appaiono particolarmente cruento. Non trascurare i rapporti con regole e principi di diritto internazionale, relativi ad esempio ai diritti umani.

Nell'ambito delle eccezioni alla operatività delle libertà del trattato UE non va trascurata l'incidenza dei diritti fondamentali (il godimento dei diritti fondamentali). Si consideri un caso di cui si è occupata la Corte. Uno sciopero blocca l'autostrada del Brennero per trenta ore. Ne risulta compromessa la libera circolazione e vengono lamentati danni da parte di autotrasportatori. La questione viene portata all'esame della Corte e il problema che si discute riguarda se debba prevalere il principio sulla libera circolazione o il diritto di manifestare il proprio pensiero anche con gesti di protesta che sfociano nell'occupazione della sede stradale (sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*).

la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità in misura contraria all'interesse comune".

L'incidenza della cultura nel diritto dell'Unione può essere accostata a quella dei diritti fondamentali la cui tutela, allo stesso modo non rientra tra le competenze dirette dell'UE ma che l'UE è tenuta a rispettare quando agisce nell'esercizio delle sue competenze¹⁶⁹. L'art. 167, n. 4 TFUE è una disposizione dalla portata trasversale, nel senso che è in grado di operare su più piani e in più settori, ed evidenzia il rilievo della cultura nel disegno di integrazione europea.

Nessuna apertura è prevista circa la possibilità di adottare misure di armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri (art. 167, n. 5 TFUE).

La cultura resta fondamentalmente una prerogativa degli Stati membri.

Oltre che per la dimensione culturale che viene data alle politiche dell'Unione, la cultura viene in rilievo per quanto concerne l'azione promozionale e di sostegno che l'UE è chiamata a svolgere con gli Stati membri sia stimolando gli scambi, il dialogo e la comprensione reciproca nel rispetto delle diversità culturali senza dimenticare il

¹⁶⁹ Su questi aspetti cfr E.Pagano, *Sul contributo del sistema dell'Unione europea alla tutela dei diritti fondamentali*, in Scritti in onore di G. Tesaurò, Napoli, I, 2014, p. 549 ss.

retaggio culturale comune¹⁷⁰, che con sostegni finanziari diretti da parte dell'Unione.

Va, poi, considerata anche la Carta dei diritti fondamentali (divenuta vincolante col trattato di Lisbona) (art. 22) che impegna l'UE a rispettare le diversità culturali, religiose e linguistiche. Essa non accresce le competenze dell'UE dal momento che le sue prescrizioni restano operanti fin dove arrivano le competenze previste dai trattati, come si premura di ricordare il suo art. 51.

In aggiunta alla Carta si deve infine ricordare l'incidenza della convenzione Unesco del 2005 sulla diversità culturale di cui si già parlato alla quale l'Unione farà spesso riferimento nell'azione che andrà a svolgere.

7. Segue. Le conseguenze sulle limitazioni alle libertà del trattato e sul regime degli aiuti

Molte delle disposizioni relative alla cultura introdotte nei trattati a partire da Maastricht, o, per lo meno, le più importanti di loro, rafforzano le aspettative degli Stati e si risolvono nella consacrazione della legittimità delle loro pretese al riconoscimento e alla salvaguardia

¹⁷⁰ Com(2007) 242. Si tratta di una competenza complementare (E. Psychogiopoulou, *The External Dimension*, cit, p.67).

delle identità nazionali e della loro responsabilità primaria nel settore¹⁷¹ e comportano un vincolo per le istituzioni più che un accrescimento del loro spazio di azione¹⁷².

Non è da sottovalutare, invece, a proposito dell'attività promozionale in favore della diversità delle culture che l'UE è invitata a compiere, la promozione dell'identità europea e del patrimonio culturale di rilevanza europea. Con il richiamo all'identità comune il trattato individua un obiettivo che va oltre il recinto degli interessi dei singoli Stati e torna idealmente utile alla costruzione europea¹⁷³.

Circa gli effetti prodotti da queste disposizioni sull'atteggiamento della Corte e della Commissione nel valutare la correttezza delle misure statali che in deroga alle regole del trattato ponevano la motivazione culturale, si sono registrati degli esiti positivi nel senso di una maggiore disponibilità.

a) *La prassi della Corte*

¹⁷¹Loman, Mortelmans, Post, Watson (ed.), cit., p. 190.

¹⁷² Di contro, D. Ferri, *La costituzione*, cit., p. 198 mette in rilievo che le competenze attribuite alla Comunità che ha applicato le regole di concorrenza anche alle industrie culturali e consentito alla Commissione di esercitare un controllo in materia di aiuti abbiano comportato una erosione delle competenze degli Stati e condizionato le loro scelte politiche

¹⁷³Sull'argomento v. *La question de l'identité européenne dans la construction de l'Union*. Compte rendu du séminaire du 24 novembre 2004, in *Notre Europe. Etudes et recherches*, 2006.

Per vero, già prima del 1992, si erano avute delle aperture. Ad esempio, nella sentenza *Groener* cit. sul requisito della conoscenza della lingua irlandese richiesto per l'accesso in Irlanda all'insegnamento in una scuola di belle arti, la Corte lo aveva ritenuto compatibile col diritto comunitario e l'aveva giustificato in quanto espressione della politica di quello Stato che mira a valorizzare l'uso di questa lingua come mezzo d'espressione dell'identità e della cultura nazionali. A suo avviso "Le norme del trattato CEE non ostano ad una politica di difesa e valorizzazione della lingua di uno Stato membro, la quale è nel contempo lingua nazionale e prima lingua ufficiale ..." (punto 19).

Anche nella sentenza 3 febbraio 1993, causa C-148/91, *Veronica*, la Corte si era dovuta pronunciare sulla ammissibilità di misure previste dalla legislazione olandese sul servizio radiofonico e televisivo motivate da esigenze di carattere culturale. Queste norme avevano implicazioni anche con la normativa relativa alla circolazione di capitali. Si trattava di verificare la compatibilità col diritto comunitario di misure che vietavano ad emittenti che usufruivano di un tempo di antenna in Olanda di prestare la propria attività a favore di un ente stabilito in un altro Stato membro. La Corte ha ritenuto che tali norme fossero compatibili col diritto comunitario in quanto impedivano che, sfruttando le libertà garantite dal Trattato, detti enti potessero sottrarsi abusivamente agli obblighi derivanti dalla normativa nazionale

finalizzata al raggiungimento di obiettivi di politica culturale motivati da ragioni di interesse generale¹⁷⁴. In dottrina, proprio con riferimento a questa sentenza è stato evidenziato come l'atteggiamento della Corte, favorevole alle ragioni dello Stato "può trovare spiegazione nella volontà di rispondere in maniera positiva ad insistenti critiche rivolte da più parti, in particolare da alcuni Stati membri particolarmente riluttanti ad abbandonare il proprio ruolo di intervento in materie, quali la cultura ed il sistema dei media, in cui la componente nazionale è particolarmente rilevante.." ¹⁷⁵.

Nella sentenza del 29 febbraio 1991, causa C-312/89, *Sief-Conforama*, avente ad oggetto la compatibilità del divieto di lavoro domenicale da parte di lavoratori subordinati con le regole del trattato e, in particolare, con la libera circolazione delle merci, potendo rientrare quel divieto tra le misure di effetto equivalente, la Corte ha ritenuto

¹⁷⁴ Al punto 10 della sentenza la Corte ricorda che già nelle sentenze 25 luglio 1991, causa C-313/89 *Commissione c. Paesi Bassi*, punti 41 e 42 e causa C-288/89, *Gouda*, punti 23 e 24 aveva riconosciuto che gli obiettivi di politica culturale perseguiti dall'ente preposto alla sorveglianza delle radiodiffusioni (Mediawet) "costituiscono obiettivi di interesse generale che uno Stato membro può legittimamente perseguire predisponendo adeguatamente lo statuto dei suoi enti di radiodiffusione" e che essi si inseriscono "... in una politica culturale avente lo scopo di salvaguardare, nel settore audiovisivo, la libertà di espressione delle varie componenti, in particolare sociali, religiose o filosofiche che esistono nei Paesi Bassi" (punto 9). Ma, come riferito nel testo, in quei casi la Corte non ha riconosciuto sussistenti le ragioni giustificative delle misure contestate perché non rispondente al carattere della necessità (sentenza *Gouda*, punto 25)

¹⁷⁵ R. Mastroianni, *Il ruolo del principio*, cit., p. 75 ss.

che “le normative nazionali che disciplinano gli orari di vendita al dettaglio sono espressione di determinate scelte politiche ed economiche in quanto sono intese a garantire una ripartizione degli orari di lavoro e di riposo rispondente alle peculiarità socioculturali nazionali o regionali, la cui valutazione spetta, nella fase attuale del diritto comunitario, agli Stati membri” (punto 11).

Dopo Maastricht la tendenza ad una maggiore comprensione delle ragioni degli Stati si rafforza. Nella sentenza 5 marzo 2009, causa C-222/07, *UTECA* la Corte, pur ritenendo che l’obbligo di destinare a opere, la cui lingua originale è una delle lingue ufficiali dello Stato membro interessato, il 60% del 5% dei ricavi di esercizio destinati al finanziamento anticipato di film europei per il cinema e per la televisione, costituisce una restrizione a diverse libertà fondamentali, quali la libera prestazione dei servizi, la libertà di stabilimento, la libera circolazione dei capitali e la libera circolazione dei lavoratori (punto 24), ricorda che “... una siffatta limitazione a libertà fondamentali garantite dal Trattato può essere giustificata qualora risponda a ragioni imperative di interesse pubblico, purché sia idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vada oltre quanto è necessario per il raggiungimento di questo (sentenza 13 dicembre 2007, causa C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium e a.*, Racc. pag. I-11135, punto 39, e la giurisprudenza ivi citata)” (punto 25) e

come essa abbia “... ammesso che costituisce una ragione imperativa di interesse pubblico l’obiettivo che uno Stato membro persegue di difendere e di promuovere una o più delle sue lingue ufficiali (v., in questo senso, sentenze 28 novembre 1989, causa C-379/87, Groener, Racc. pag. 3967, punto 19, nonché United Pan-Europe Communications Belgium e a., cit., punto 43)” (punto 27), per cui ritiene che la misura contesta “appare idonea a garantire la realizzazione di un siffatto obiettivo” (punto 29) e che non “ecceda quanto è necessario per raggiungere siffatto obiettivo” (punto 30). La parte che appare più significativa riguarda il giudizio sulla sufficienza delle motivazioni addotte dallo Stato per legittimare le misure esaminate. Secondo la Corte “Infatti, poiché la lingua e la cultura sono intrinsecamente legate, come tra l’altro ricordato dalla Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali adottata nel corso della conferenza generale dell’Unesco tenutasi a Parigi il 20 ottobre 2005 e approvata a nome della Comunità con decisione del Consiglio 18 maggio 2006, 2006/515/CE (GU L 201, pag. 15), la quale al quattordicesimo capoverso del preambolo sancisce che «la diversità linguistica è un elemento fondamentale della diversità culturale», non si può ritenere che l’obiettivo perseguito da uno Stato membro, consistente nel difendere e promuovere una o più delle sue lingue ufficiali, debba necessariamente essere corredato da altri criteri

culturali affinché possa giustificare una restrizione a talune delle libertà fondamentali garantite dal Trattato. Del resto, la Commissione non ha potuto precisare, nell'ambito del presente procedimento, quali in concreto dovrebbero essere tali criteri". (punto 33)¹⁷⁶.

La consacrazione nei testi della rilevanza della cultura non significa affatto il superamento delle condizioni abituali che legittimano le misure adottate dagli Stati, quasi che la motivazione culturale basti a giustificare ogni comportamento. Restano sempre valide le solite condizioni sulla cui sussistenza, tuttavia, possono registrarsi valutazioni più elastiche. Non così d esempio nel caso *Fachverband der Buch*, cit. in cui la Corte, pur riconoscendo che "... la tutela del libro in quanto bene culturale può essere considerata come esigenza imperativa di interesse pubblico che può giustificare misure di restrizione alla libera circolazione delle merci, a condizione che tali misure siano idonee a raggiungere l'obiettivo fissato e non vadano oltre quanto necessario affinché esso sia conseguito" (punto 34), ha rilevato che le misure contestate erano carenti sotto il profilo della proporzionalità. A suo giudizio, la "... tutela del libro in quanto bene culturale può essere raggiunto mediante misure meno restrittive per l'importatore, ad esempio permettendo, ad esso o all'editore straniero, di fissare un

¹⁷⁶ Su questa sentenza v. D. Ferri, *Il principio di protezione e promozione della diversità culturale quale parametro di legittimità delle misure a tutela delle lingue nazionali nel settore audiovisivo*, in DPCE, 2009, III, p.1381 ss.

prezzo di vendita per il mercato austriaco che tenga conto delle caratteristiche di tale mercato”¹⁷⁷.

b) *La prassi in tema di aiuti*

Anche in tema di aiuti dove, in generale, la prassi della Commissione si è andata orientando verso un controllo meno rigoroso nei riguardi di quelli che, se ben utilizzati, possono risultare utili alla crescita economica, alla coesione territoriale e sociale¹⁷⁸, si nota una maggiore disponibilità verso gli aiuti giustificati da motivazioni culturali.

Un riferimento a motivazioni culturali che possono legittimare aiuti si trova nella decisione n. 466 del 1998¹⁷⁹ con cui la Commissione ha ritenuto ammissibili aiuti prestati dalla Francia alla *Soc. fran de production* che, però, la Francia non aveva preteso di giustificare in questo modo. La Commissione si è quasi sorpresa del fatto che la Francia non l’avesse fatto e non avesse fornito alcun elemento in questo senso. “Gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio ai sensi dell'articolo 92, paragrafo 3, lettera d), -essa ha evidenziato- potrebbero beneficiare di una deroga in virtù di detta disposizione”. “... l'aiuto in causa, destinato a garantire la

¹⁷⁷ Sentenza *Fachverband der Buch*, cit., punto 35.

¹⁷⁸ G.L. Tosato, *L'evoluzione della disciplina degli aiuti di Stato e il piano di riforma della Commissione europea*, in Schepisi (a cura di), *La modernizzazione degli aiuti di Stato*, Torino, 2011, p. 17.

¹⁷⁹ In GUCE L 205, 1998 p. 68 ss

sopravvivenza di SFP” avrebbe potuto essere inquadrato in questa prospettiva. Ma “... il governo francese non ha fornito alcun elemento che permetta di considerare che l'intervento dello Stato era volto a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio ai sensi dell'articolo 92, paragrafo 3, lettera d). La Commissione può pertanto prendere unicamente in considerazione la deroga di cui all'articolo 92, paragrafo 3, lettera c), riguardante gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività”. Come non notare una certa propensione favorevole dalla Commissione che in altri tempi non c’è stata?¹⁸⁰

Un atteggiamento, quanto meno non rigido, si nota anche nella decisione relativa alla *Coopérative d’exportation du livre français* (CELF) 2005/262¹⁸¹. In questo caso la Commissione ha ritenuto che gli aiuti concessi alla CELF dalle autorità francesi per promuovere la diffusione di opere in lingua francese, qualunque sia l'importo dell'ordinativo, perseguono certamente un obiettivo culturale nel senso inteso dal trattato (punto 139). Per questo motivo, pur riconoscendo che, sotto altro aspetto”.. l'aiuto è stato concesso illegalmente”, ha concluso che “L'aiuto è tuttavia compatibile con il mercato comune a titolo dell'articolo 87, paragrafo 3, lettera d), del trattato.”

¹⁸⁰ Si ricordi che 10 anni prima con decisione 441 del 1989, cit., la Commissione aveva negato, per il loro carattere discriminatorio, l'ammissibilità degli aiuti forniti dalla Grecia che si pretendeva giustificare sulla base dell'art. 87, lett. c) del TCE.

¹⁸¹ In GUCE L 85, 2005, p. 25-57.

Si ricordi anche la decisione 2008/354 dell'11 dicembre 2007 con cui la Commissione ha stabilito la compatibilità con il mercato comune, ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 3, lettera d) del trattato, la misura francese che istituisce un credito di imposta per la creazione di videogiochi. La Commissione ha riconosciuto il carattere culturale di questi videogiochi, che si sosteneva rispondessero a un criterio di qualità e originalità e che contribuissero all'espressione della diversità culturale e della creatività europea in materia, in presenza delle condizioni solitamente richieste per la dichiarazione di ammissibilità degli aiuti.

Tutto questo fino a quando il reg. 733/2013 prima¹⁸², e il reg. 651/2014 (GBER) dopo, non hanno incluso gli aiuti culturali tra quelli esentati dall'obbligo di notifica rendendoli, così, direttamente ammissibili¹⁸³. Ciò

¹⁸² Il reg. 733/2013 all'art. 1, modificando l'art. 1 par. 1 del reg. 994 del 1998, ha incluso gli aiuti per la cultura e la conservazione del patrimonio tra quelli esentati dall'obbligo di comunicazione.

¹⁸³ Questi regolamenti che esentano certi aiuti dall'obbligo di notifica sono stati adottati dalla Commissione in forza dell'autorizzazione concessa dal Consiglio con reg. 994/98 così come previsto dall'art. 94 CE. Quanto al regolamento 651/2014, all'art. 53 esso afferma che "Gli aiuti per la cultura e la conservazione del patrimonio sono compatibili con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, del trattato e sono esentati dall'obbligo di notifica di cui all'articolo 108, paragrafo 3, del trattato purché soddisfino le condizioni di cui al presente articolo e al capo I". Nei considerando n. 72 e 73 sono ricordate le ragioni che giustificano un tale trattamento. In particolare si richiama il fatto che nel settore della cultura e della conservazione del patrimonio, spesso l'attività svolta non è economica o non incide sugli scambi tra Stati membri; che le istituzioni e i progetti culturali non danno generalmente luogo a una distorsione significativa della

ha risolto in radice molte questioni e consolidato l'importanza della cultura e il suo ruolo nel sistema dell'Ue.

c) *Il riferimento agli aspetti culturale nell'adozione di atti*

Anche per quanto riguarda la compatibilità con le regole sulla cultura nell'adozione di atti dell'Unione non mancano i casi. Si consideri ad es. la dir. n 43 del 1992 relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche. Il suo art. 3 dispone, infatti, che “ Le misure adottate a norma della presente direttiva tengono conto delle esigenze economiche, sociali e culturali, nonché

concorrenza e la prassi ha dimostrato che aiuti del genere hanno effetti limitati sugli scambi; che la promozione della cultura riveste per l'Unione europea e i suoi Stati membri e sancisce che l'Unione dovrebbe tener conto degli aspetti culturali nell'azione che svolge a norma di altre disposizioni dei trattati, in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture; che il patrimonio naturale occupa un posto rilevante nel patrimonio artistico e culturale, ai sensi del presente regolamento la conservazione del patrimonio comprende anche il patrimonio naturale connesso a quello culturale o formalmente riconosciuto dalle autorità pubbliche competenti di uno Stato membro; che le norme in materia di aiuti di Stato dovrebbero riconoscere le specificità della cultura e delle attività economiche ad essa collegate, tenendo presente la duplice natura della cultura quale bene economico che offre notevoli opportunità per creare ricchezza e occupazione, da un lato, e veicolo di identità, valori e contenuti che rispecchiano e forgianno le nostra società, dall'altro. Per cui è opportuno stilare un elenco di obiettivi e di attività culturali ammissibili e specificare i costi ammissibili escludendo le attività che, pur presentando un aspetto culturale, hanno un carattere prevalentemente commerciale a causa di un maggiore rischio di distorsione della concorrenza, come la stampa e i periodici (cartacei o elettronici). Nell'elenco di obiettivi e di attività culturali ammissibili non rientrano attività commerciali, quali la moda, il design o i videogiochi.

delle particolarità regionali e locali». Lo stesso accade con la dir n. 104 del 1993 sull'orario di lavoro. Questa, tenendo conto della diversità dei fattori etnici, culturali religiosi, ammette un regime derogatorio per lavoratori in ambito liturgico (art. 17, par. 1). La dir 93/119 sulla protezione degli animali da macello afferma che "l'autorità religiosa dello Stato membro per conto della quale sono effettuate delle macellazioni è competente in materia di applicazione e controllo delle disposizioni particolari relative alla macellazione secondo determinati riti religiosi". Ma, già prima, la direttiva Televisioni senza frontiere n. 552 del 1989 nel garantire la libera circolazione dei servizi televisivi nell'ambito del mercato interno, aveva dato ampio risalto alle esigenze di politica linguistica e alle motivazioni di carattere culturale degli Stati. Nel suo tredicesimo considerando essa precisava che *restano impregiudicate l'indipendenza dell'evoluzione culturale di ogni singolo Stato membro e la diversità culturale della comunità*. Il suo compito infatti era di evitare l'omogeneizzazione dei contenuti e di promuovere la distribuzione e la produzione dei programmi televisivi europei riservando loro una quota maggioritaria nel quadro della programmazione delle reti televisive.¹⁸⁴ Il rispetto della diversità

¹⁸⁴La direttiva televisione senza frontiere è stata più volte modificata: prima con direttiva 97/36, e poi, con dir. 2007/65 sul cui progetto v. R. Mastroianni, *La seconda revisione della direttiva "Televisione Senza Frontiere": verso la deregulation della pubblicità in televisione?*, in Consumatori, diritto e mercato, 2007, p. 20 ss

culturale e linguistica è richiamato ora nel considerando n. 4 della direttiva 2010/13 relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi che ha abrogato la dir. 552 del 1989. In esso è detto “Alla luce delle nuove tecnologie di trasmissione di servizi di media audiovisivi, un quadro normativo riguardante le attività di trasmissione dovrebbe garantire condizioni ottimali di concorrenza e certezza del diritto per le tecnologie dell’informazione e per il settore dei media e dei servizi connessi in Europa, nonché il rispetto della diversità culturale e linguistica”¹⁸⁵.

8. L’attività di promozione e di sostegno alla cultura e la salvaguardia del patrimonio culturale europeo (sul piano interno)

Come riferito, l’art. 167, n. 1 TFUE prevede che l’Unione contribuisca al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali evidenziando, nel contempo, il retaggio culturale comune.

appuntava le sue critiche per una non sufficiente attenzione agli obiettivi di politica culturale.

¹⁸⁵ Sui problemi posti dall’estensione ai programmi su richiesta (*on demand*) dell’obbligo di riservare una loro quota ai prodotti europei si sofferma A. Arena *Implementing the Audiovisual Media Services between world trade rules and cultural diversity*, in European Audiovisual Observatory, 2009, p. 77 ss

Esso considera l'azione dell'Unione sotto due profili:

Il primo riguarda la difesa e la tutela della identità culturale del singolo Stato, delle sue regioni, delle sue comunità.

Il secondo concerne la difesa e la tutela del retaggio culturale comune e del patrimonio culturale di importanza europea.

Alla cura delle identità di ciascuno Stato, il trattato aggiunge quella europea, parlando del "retaggio culturale comune", della "storia dei popoli europei", della identità culturale europea che va promossa e difesa, all'interno e all'esterno¹⁸⁶. Potrebbe sembrare curioso voler perseguire due obiettivi che possono apparire in contrasto tra di loro non essendo immediatamente chiaro come si possa difendere l'una e l'altra contemporaneamente. Ma già nell' Agenda 1992 (*New prospects for Community cultural action*, COM(92) 149), la Commissione aveva prospettato azioni della Comunità nel campo culturale finalizzate ad evidenziare le diversità culturali e nello stesso tempo le eredità comuni, ritenendo assolutamente compatibili tra loro i due aspetti. "The challenge is two-fold: cultural action should

¹⁸⁶ L'esigenza di tutela dell'identità culturale ha interessato anche il Parlamento europeo in occasione dei negoziati in sede Unesco che hanno portato alla redazione della conv. sulla diversità culturale del 2005. In quella prospettiva il Parlamento aveva invitato gli Stati che si accingevano a parteciparvi (si tratta infatti di materia di competenza esclusiva degli Stati) a parlare con una sola voce (a tutela, evidentemente, di interessi comuni). Sarebbe interessante conoscere come in concreto si sono comportati i governi se, cioè, sono andati avanti in ordine sparso a difesa della propria identità o se hanno cercato di fare fronte comune.

contribute to the flowering of national and regional cultural identities and at the same time reinforce the feeling that, despite their cultural diversity, Europeans share a common cultural heritage and common values”.

Nei testi si parla di un retaggio culturale comune da evidenziare (art.167, n. 2 TFUE) e di patrimonio culturale europeo da conservare e salvaguardare (art. 3, par. 3 TUE). Le ragioni che spingono verso questi obiettivi sono diverse da quelle che ispirano le altre previsioni sulla cultura che si risolvono, invece, nel legittimare i limiti all’operatività delle libertà del trattato in favore degli Stati. Qui, al posto dell’interesse degli Stati, il trattato mette al centro dell’attenzione la rivalutazione delle radici storiche dell’Europa, del patrimonio comune europeo e dei valori condivisi in una prospettiva di integrazione¹⁸⁷.

Di identità europea da promuovere se ne parlò già nel Consiglio europeo di Fontainebleu (1984). Successivamente il Comitato Adonnino propose una serie di misure per promuovere una “Europa dei cittadini” tra cui l’istituzione della cittadinanza europea col riconoscimento di diritti politici al cittadino europeo.

Quanto all’identità europea, non mancano difficoltà nel pervenire ad una definizione condivisa. A tale proposito ricordiamo le discussioni che

¹⁸⁷Al riguardo v. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 22.7.2014, COM(2014)0477 *Verso un approccio integrato al patrimonio culturale per l’Europa*.

accompagnarono la redazione del Preambolo del trattato sulla costituzione europea e i riferimenti alle eredità comuni, alle radici cristiane, giudaico-cristiane, che portarono, poi, all'adozione della formula secondo cui "L'Unione si ispira alle eredità culturali, religiose ed umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili ed inalienabili della persona ...", formula che è stata riproposta anche nel Preambolo del trattato vigente.

Nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali si dice che l'Unione, consapevole del "suo patrimonio spirituale e morale", si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana ecc.

Nella citata comunicazione della Commissione del 1992 COM(92) 149, riferendosi al Cultural heritage lo considerava "Visible evidence of Europe's historic and artistic past, our architectural and cultural heritage is of fundamental importance for European culture. It reflects both the different stages in the development of our civilization and the various expressions of our identity. It is both irreplaceable and vulnerable and must be preserved for future generations, providing as it always has done a constant source of inspiration for contemporary creativity".

Quanto ai valori comuni di cui UE deve farsi carico di tutelare, se volessimo rifarci a una sorta di massimo comune divisore, ci troveremo davanti a pochi principi generalissimi.

All'interno dell'Europa le diversità sono ampie. La storia ha diviso piuttosto che unire.

Il diritto viene ricordato come un dato unificante e caratterizzante l'Europa. Il diritto romano prima e il diritto comune, poi, che per lungo tempo sono stati un elemento unificante dell'Europa¹⁸⁸.

In una *lectio magistralis Dal diritto romano al diritto europeo*,¹⁸⁹ Casavola ha evidenziato come questo sia stato vero per tanto tempo ma che non lo è più dal tempo delle codificazioni che rappresentarono una rottura di quell'unità. A suo giudizio la tesi di una continuità giuridica, dall'esperienza romana ai nostri giorni (come è stato sostenuto in Francia partendo dal codice *Hammamuri* fino al *code Napoleon*) non è più sostenibile.

La cultura cristiana può essere un valido riferimento. Non v'è dubbio che dopo la caduta dell'impero romano, essa sia stata l'elemento unificante in una Europa caratterizzata dal decentramento del potere politico¹⁹⁰. Si ricorderanno, però, le difficoltà di inserire questo

¹⁸⁸ A. Padoa Schioppa, *Un cas exemplaire de refonte de l'identité: le droit en Europe*, in *La question de l'identité européenne dans la construction de l'Union*, in *Notre Europe. Etude et recherches*, cit, 45 individua nel diritto comune che è stato operante per secoli in Europa in assenza dello Stato (*au dessus et en de hors des Etats*) l'elemento che caratterizza il retaggio culturale europeo

¹⁸⁹ Questa *lectio* la si trova edita nella Collana della Editoriale Scientifica, Napoli 2006

¹⁹⁰ O. Yasuaki, *A transcivilizational perspective on international law*, in *RCADI*, 2009, t.342, p. 287 "After the collapse of the western Roman Empire in the fifth century, decentralised and feudalistic structures were long maintained in Europe"; "Yet,

riferimento unitamente ai valori giudaici tra i valori unificanti nella costituzione per l'Europa e come, poi, l'accordo sia stato raggiunto su una formula diversa che corrisponde a quella inserita nel Preambolo del TUE nel quale è ricordata l'ispirazione "alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto,..." unitamente al desiderio di "intensificare la solidarietà tra i loro popoli rispettandone la storia, la cultura e le tradizioni,..."

Andando alle fonti va ricordato, ancora, il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dove è detto "Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana ... L'Unione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo di questi valori comuni nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa, nonché dell'identità nazionale degli Stati membri.."

Come ha sottolineato Bobbio, la cultura, il patrimonio culturale, materiale e immateriale dell'Europa costituiscono un elemento unificante.

Europeans in the seventeenth century were deeply committed to Christian social ethics" 'profondamente intriso' p. 291 che nel campo del diritto internazionale persistettero anche dopo Grozio. "Therefore, while Grotius dissociated natural law from God in principle, yet he reintroduced Christian norms into his legal "system" in a multi-layered manner" p. 291.

Per questo appare del tutto giustificato parlare di patrimonio culturale europeo.

Nella sua comunicazione del 2014¹⁹¹ la Commissione riferisce che “Il patrimonio culturale è un mosaico di storie locali che insieme rappresentano la storia dell'Europa” e che il patrimonio culturale “è la nostra ricchezza comune: il retaggio delle generazioni di europei che ci hanno preceduto e il nostro lascito ai posteri. Si tratta di un patrimonio di conoscenze insostituibile e di una risorsa preziosa per la crescita economica, l'occupazione e la coesione sociale, che arricchisce la vita di centinaia di milioni di persone, è fonte di ispirazione per pensatori e artisti e forza trainante per le nostre industrie culturali e creative. Il nostro patrimonio culturale e le modalità secondo cui lo preserviamo e valorizziamo sono un fattore determinante nel definire la posizione dell'Europa nel mondo e la sua attrattiva quale luogo per vivere, lavorare e da visitare”.

In Agenda 2007 la stessa Commissione riportava un pensiero di Dario Fo secondo cui "ancora prima che l'Europa fosse unita a livello economico o fosse concepita in termini di interessi economici e di scambi, è stata la cultura a unire tutti i paesi d'Europa. Le arti, la letteratura e la musica sono il collante dell'Europa".

¹⁹¹ COM(2014)0477, p. 1 ss.

Accanto o insieme a questa somma di valori e di ricchezze vanno ricordati i diritti fondamentali (così Umberto Eco) che, unitamente ai valori della libertà, della democrazia del rispetto e della tutela delle minoranze, costituiscono elementi unificanti.

9. Cenni sull'attività svolta

Dopo aver dedicato la sua attenzione alla diversità delle culture degli Stati e delle regioni dell'Unione, l'art. 167 TFUE prosegue nel prevedere che l'UE incoraggi gli Stati membri e cooperi con loro nel migliorare la conoscenza della cultura e della storia dei popoli europei e nella loro diffusione; che si occupi della conservazione e della salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea, nonché degli scambi culturali non commerciali, della creazione artistica e letteraria, compreso il settore audio visivo.

La difesa e la tutela della identità culturale del singolo Stato (e sue regioni, sue comunità) trova riscontro in tutte le numerose iniziative promosse dall'UE alla luce di quella disposizione.

Alcune di queste hanno riguardato specifici settori, come quello cinematografico, televisivo e dei nuovi media, altri hanno riguardato più in generale attività artistiche e culturali. Quanto alle iniziative settoriali si ricorda il Programma *Media* (concernente l'attuazione di un

programma d'azione volto a promuovere lo sviluppo dell' industria audiovisiva europea (1991-1995) istituito con decisione 90/685), quello *Media II* (adottato con decisione 95/563/CE relativa all'attuazione di un programma di incentivazione dello sviluppo e della distribuzione delle opere audiovisive europee per il periodo 1996-2000), il Programma *Media plus* (relativo all'attuazione di un programma di incentivazione dello sviluppo, della distribuzione e della promozione delle opere audiovisive europee (2001-2005), adottato con decisione 821/2000), il Programma *Media 2007* (relativo all'attuazione di un programma di sostegno al settore audiovisivo europeo adottato con decisione 1718/2006), quello *Media Mundus* (che istituisce un programma di cooperazione nel settore audiovisivo con i paesi terzi creato con decisione n. 1041/2009).

Al settore del libro e della lettura si riferiva il Programma *Arianna di sostegno, comprendente la traduzione, al settore del libro e della lettura* (decisione 2085/97), destinato ad accrescere la conoscenza e la diffusione della creazione letteraria e della storia dei popoli europei, nonché l'accesso dei cittadini europei alle stesse, in particolare sostenendo la traduzione di opere letterarie, teatrali e di riferimento e progetti di cooperazione nei settori del libro e della lettura realizzati in compartecipazione nonché attraverso il perfezionamento dei professionisti che operano in tale campo

Alle attività artistiche e culturali di dimensione europea si riferiva il Programma *Caleidoscopio* adottato con decisione 719/96, modificato successivamente con decisione 477/1999. Esso istituiva un programma di sostegno alle attività artistiche e culturali di dimensione europea puntando a promuovere un migliore accesso del pubblico e maggiore consapevolezza per la cultura e la storia dei popoli europei nonché la cooperazione artistica e culturale tra ambienti professionali.

Ai beni culturali era destinato il Programma *Raffaello* (adottato con decisione 2228/97) riguardante i beni culturali inclusi quelli di importanza europea. Esso era destinato "... attraverso la cooperazione, ad appoggiare e integrare l'azione degli Stati membri in materia di beni culturali di importanza europea" (art. 1).

In favore di tutte le industrie culturali e non solo a quelle degli audiovisivi erano rivolti il Programma *Cultura 2000* (decisione 508/2000) e il Programma *Cultura* (decisione 1855/2006) che copre il periodo 2007-2013. Si tratta di programmi pluriennali validi per le azioni comunitarie aperti a tutti i settori culturali e a tutte le categorie di operatori culturali.

Si segnalano inoltre le iniziative considerate nell'*Agenda europea per la cultura in un mondo in via di globalizzazione* approvata dal Consiglio il 16 novembre 2007, come la manifestazione *Capitale europea della cultura* (anni 2007-2019)(decisione n. 1622/2006 aggiornata dalla

decisione n. 445/2014 per gli anni 2020 al 2033 che si pone l'obiettivo di tutelare e promuovere la diversità delle culture in Europa e di valorizzare le loro caratteristiche comuni nonché di accrescere il senso di appartenenza dei cittadini europei a un'area culturale comune, promuovere il contributo della cultura allo sviluppo a lungo termine delle città conformemente alle loro rispettive strategie e priorità, *l'Anno europeo del dialogo interculturale* (decisione 1983/2006).

Per la sua importanza sotto il profilo organizzativo si segnala l'istituzione dell'*Agenzia esecutiva per l'istruzione, gli audiovisivi e la cultura per la gestione dell'azione comunitaria nei settori dell'istruzione, degli audiovisivi e della cultura, in applicazione del regolamento (CE) n. 58/2003 del Consiglio* avvenuta con decisione 2009/336¹⁹² che è frutto della strutturazione dell'esercizio di competenze che si manifesta anche in altri settori. L'istituzione di queste agenzie, che sono dotate di una propria personalità giuridica, è stata prevista dal reg. 58/2003 per la gestione di programmi comunitari.

¹⁹² Essa ha sostituito la precedente decisione 2005/56 che aveva istituito l'Agenzia esecutiva "Istruzione, audiovisivi e cultura"

Capitolo Quarto

La dimensione esterna dell'azione culturale dell'UE

SOMMARIO: 1. La dimensione culturale esterna dell'Unione: profili e incidenze. 2. L'incidenza della Convenzione Unesco del 2005 sulla diversità culturale. 3. Le iniziative aventi ad oggetto la cooperazione internazionale in materia culturale. 4. Segue. *Negli accordi di associazione e di partenariato*. 5. L'attenzione mostrata per la cultura negli *accordi commerciali* o nella parte che riguarda l'aspetto *commerciale* trattato in altri accordi. 6. I Protocolli sulla cooperazione culturale. 7. Conclusioni

1. *La dimensione culturale esterna dell'Unione: profili e incidenze*

A seguito delle novità inserite nel trattato nel corso del tempo, si è andata delineando una dimensione esterna dell'azione culturale dell'Unione che, all'inizio dell'esperienza comunitaria, non esisteva. Per comprendere l'importanza che questo aspetto ha assunto nell'ambito delle relazioni esterne dell'UE basti pensare che la Risoluzione del PE del 12 Maggio 2011 (2010/2161(INI)) ha per titolo *Cultural dimensions of EU external actions* quasi a sottolineare che anche le relazioni esterne

sono condizionate dalla dimensione culturale così come lo è l'azione che l'Unione svolge sul piano interno.

Nelle relazioni esterne, la cultura viene in rilievo sotto due profili.

Uno riguarda la cooperazione culturale dell'Unione con paesi terzi e con OOII competenti in materia di cultura che essa, insieme agli Stati membri, è chiamata a favorire (art. 167, n. 3, TFUE) (competenza di sostegno, di coordinamento e di completamento dell'azione degli Stati secondo l'art. 6, lett. c TFUE). Si tratta di una attività che mira a promuovere gli scambi culturali con paesi terzi e OOII, il dialogo tra culture, la diffusione delle conoscenze, il rispetto delle diversità, la diffusione dei valori europei, lo scambio di studenti o di docenti e di artisti, etc.

L'altro riguarda l'attenzione e la cura che l'UE deve porre negli accordi internazionali che va a stipulare, in primo luogo negli accordi commerciali di scambi di merci e servizi, (per i quali ha competenza esclusiva in base all'art. 3, n. 1 lett. e) e all'artt. 206 e 207 TFUE), affinché questi non producano conseguenze negative per la cultura europea, per le sue diversità culturali e linguistiche, per il suo patrimonio culturale. Secondo l'art. 167, n. 4 TFUE, infatti, l'Unione deve tener conto di tutte queste esigenze ogni volta che agisce a norma di altre disposizioni dei trattati, e quindi, anche nella stipula di trattati per i quali ha competenza.

Si ricordi che, proprio con riferimento ad accordi nel settore degli scambi di servizi culturali e audiovisivi per scongiurare il rischio che la disciplina, che l'Unione si accinge a concordare, possa risultare pregiudizievole per gli interessi culturali degli Stati e per la diversità culturale e linguistica dell'Unione, l'art. 207, n. 4 lett. a) TFUE richiede che l'autorizzazione alla Commissione per la negoziazione sia data dal Consiglio all'unanimità. Questa disposizione evidenzia l'importanza che gli Stati attribuiscono alla salvaguardia dei propri valori culturali e la preoccupazione che accordi internazionali possano arrecare danni ed incidere negativamente sulla politica culturale di cui sono e restano responsabili¹⁹³. La obiettiva difficoltà di conciliare l'esigenza di un proficuo scambio tra le culture, in una situazione in cui una libertà incontrollata del commercio di beni e servizi culturali non riesce a difendere adeguatamente quelle più deboli e ad impedire che vengano sopraffatte, ha reso prudenti i compilatori del trattato.

L'attività promozionale della cultura europea e l'attenzione posta affinché gli accordi commerciali che l'Unione essa stipula non abbiano effetti pregiudizievoli sulla diversità culturale e linguistica costituiscono due aspetti distinti che vengono spesso in rilievo separatamente senza escludere, però, che possono essere considerati all'interno di uno stesso trattato. Ciò accade quando gli accordi considerano

¹⁹³Come rileva E. Psychogiopoulou, *The External Dimension*, cit. p. 68, questa preoccupazione riguarda in particolare il settore degli audiovisivi.

problematiche ampie nelle quali hanno posto anche quelle culturali: si pensi agli accordi di associazione, di partenariato, a quelli che contemplano forme di istituzionalizzazione del dialogo politico e culturale tra le parti o che sono prodromici all'adesione all'Unione.

2. L'incidenza della Convenzione Unesco del 2005 sulla diversità culturale

La rilevanza data alla diversità culturale nell'azione esterna dell'Unione ha ricevuto una spinta notevole dalla conv. Unesco del 2005 sulla diversità culturale alla cui approvazione da parte dell'Assemblea dell'Unesco l'Unione ha concorso in maniera convinta e che essa stessa ha approvato con decisione del Consiglio nel dicembre del 2006. Nel marzo dell'anno seguente, come è stato ricordato nel capitolo precedente, era stata già adottata da parte della Commissione una *Agenda europea per la cultura in un mondo globalizzato* COM(2007) 242 (Agenda 2007) che, richiamandosi alla citata convenzione, sottolineava l'importanza di sviluppare un dialogo attivo interculturale con tutti i paesi e tutte le regioni, grazie anche ai legami linguistici dell'Europa con molti paesi", e si proponeva di promuovere la ricca

diversità dei partner favorendo l'accesso alla cultura delle popolazioni locali.

Anche grazie all'apporto della convenzione Unesco, l'Agenda ribadiva che la cultura costituisce un elemento essenziale delle relazioni internazionali dell'Unione (p. 11) *the promotion of culture as a vital element in the UE's International relations*. A sua volta, il Consiglio dell'Unione con risoluzione del 16 novembre 2007 approvava l'Agenda della Commissione considerandola una tappa importante per lo sviluppo della cooperazione nel campo della cultura utile a dare visibilità all'azione europea in questo campo e condivideva gli obiettivi strategici enunciati dalla Commissione tra cui quello della promozione della cultura quale elemento essenziale delle relazioni internazionali.

L'importanza del ruolo della cultura nel contesto delle relazioni internazionali dell'Unione è stato ribadito numerose volte: nelle *Conclusions on the cultural diversity and intercultural dialogue in the external relations of the Union and its Member States* del novembre 2008 così come nella Comunicazione della Commissione COM(2014)0477 dove è sottolineato che "Il nostro patrimonio culturale e le modalità secondo cui lo preserviamo e valorizziamo sono un fattore determinante nel definire la posizione dell'Europa nel mondo e la sua attrattiva quale luogo per vivere, lavorare e da visitare".

Il Parlamento europeo nella citata risoluzione sulla *Cultural dimensions of EU external actions* del 12 maggio 2011 “... 5. Recalls the importance of the cultural cooperation protocols and their added value in bilateral agreements on development and trade; urges the Commission to present its strategy on future cultural cooperation protocols and to consult Parliament and civil society on this strategy; 6. Reiterates that culture plays a role in bilateral agreements on development and trade, and through measures such as the European instruments for Development Cooperation, for Stability, for Democracy and Human Rights and for Pre-Accession, the European Neighbourhood Policy (ENP), the Eastern Partnership, the Union for the Mediterranean and the European Instrument for Democracy and Human Rights (EIDHR), which all allocate resources to cultural programmes; 7. Emphasises that transatlantic cooperation and cooperation with neighbouring European states is important to advance joint interests and common values; 8. Values public-private cooperation with a strong role for civil society, including NGOs and European cultural networks, in addressing the cultural aspects of the EU's external relations;”

Da ultimo, vanno ricordate le *Conclusions on culture in the EU's external relations with a focus on culture in development cooperation* del Consiglio del 24 novembre 2015 il quale, dopo aver ricordato, tra l'altro, l'importanza del rapporto tra cultura e sviluppo ha invitato gli Stati

membri e la Commissione a partecipare in maniera fattiva ai lavori di un gruppo ad hoc che si sarebbe riunito a Lussemburgo per affrontare temi legati al ruolo della cultura nelle relazioni internazionali per contribuire alla individuazione delle misure più appropriate da adottare.

La prospettiva esterna dell'azione dell'Unione emerge anche in iniziative di carattere generale destinate ad operare prevalentemente all'interno dell'UE, come ad es. nel Programma Europa Creativa (2014-2020) istituito con reg. 1295/2013 o nella decisione 445 del 2014 che *istituisce un'azione dell'Unione "Capitali europee della cultura" per gli anni 2020- 2033*, all'art. 2, dedicato agli obiettivi, che alla lett. d) indica l'obiettivo di *aumentare la visibilità delle città a livello internazionale mediante la cultura*.

Nel Piano di lavoro per la Cultura 2015 -2018 adottato nel settembre 2014 dai ministri della Cultura dei paesi dell'UE si considerano anche le iniziative da prendere a livello europeo nel campo delle politiche culturali tra cui il riferimento alla promozione della diversità culturale, della cultura nelle relazioni esterne dell'UE e della mobilità.

3. Le iniziative aventi ad oggetto la cooperazione internazionale in materia culturale

Per quanto riguarda la cooperazione e la promozione della cultura sono state intraprese molte iniziative sul piano internazionale aventi ad

oggetto, più propriamente, l'assistenza alla conservazione e al recupero di siti del patrimonio culturale, la produzione e circolazione di opere d'arte, la creazione e il restauro di musei, l'organizzazione di manifestazioni culturali, la diffusione nei paesi terzi di messaggi relativi all'Europa, alla sua identità, alle sue culture e alla sua capacità di costruire ponti tra le diverse culture. Tra le tante cito l'intesa col Brasile realizzata con la *Joint Declaration on culture* sottoscritta nel maggio 2009, in cui "Both parties stress that 'enhancing cooperation and dialogue on culture is instrumental to improve mutual understanding and to establish a genuine intercultural dialogue, as well as a community of views as regards questions of cultural governance at international level"; quelle realizzate con paesi dell'Asia nel contesto de *The Asia-Europe Foundation (ASEF)* (asef.org/projects/themes/culture) "whose aim is to promote mutual understanding, deeper engagement and continuing collaboration among the people of Asia and Europe through intellectual, cultural and people-to-people exchanges between the two region"; con l'India attraverso l'*EU-India Summit Joint Statement* del novembre 2007 che "provided support for further cooperation in the field of culture, including stepping up the activities of organisations such as the Indian Council for Cultural Relations (ICCR) and the Indian cluster of the European Union National Institutes of Culture (EUNIC)" e con l'*EU-India Economic Cross-Cultural Programme* e

il *Culture Programme*; con la Russia con la quale la cooperazione nel campo della cultura è in essere sin dal 1997 con l'*EU-Russia Partnership and Cooperation Agreement (PCA)*; con la Cina attraverso la *Joint Declaration on cooperation in the field of culture* del 2009 e l' *EU-China Year of Intercultural Dialogue* del 2012¹⁹⁴.

4. Segue. Negli accordi di associazione e di partenariato

Come accennato, la promozione della cultura e della diversità culturali non è attuata solo con iniziative specifiche dirette a questo scopo, ma può essere prevista anche all'interno di accordi di più ampia portata che si occupano di svariati aspetti della vita economica e sociale o che istituiscono forme di partenariato (e anche all'interno di accordi commerciali).

Un esempio è offerto dagli accordi con paesi ACP sin degli anni '80.

Nella Comunicazione del 1992 (COM)92 149 la Commissione, dopo aver sottolineato che “[T]he increasing role of culture in international relations involving the Community and its Member States demonstrates that the Community is no longer perceived on the world stage purely as an economic power”, ricorda che nei riguardi dei paesi ACP l'attenzione verso la cultura e la necessità di realizzare una cooperazione sempre più

¹⁹⁴ Per tutti questi dati ed altri ancora cfr Commission Staff Working Document, Brussels, 23.5.2012 SWD(2012) 129 final

stretta era già presente nella convenzione di Lomè III del dicembre 1984 e che nella successiva Lomé IV del 1990 era stato inserito un apposito titolo dedicato ad essa. “The Lome Convention and ACP/EEC cultural cooperation are aimed at supporting the self-reliant development of the ACP countries in order to encourage participation by the population in the development process and to increase creative capacities”¹⁹⁵.

Sulla stessa strada si è mosso l'accordo di partenariato stipulato con i paesi ACP a Cotonou (Benin) che sostituisce Lomé IV e che si caratterizza per l'approccio integrale al quale si ispira¹⁹⁶. Nel suo art. 1, rubricato «Obiettivi del partenariato», dopo aver ricordato che lo sviluppo economico, culturale e sociale contribuisce alla pace, si sottolinea l'importanza che, per il conseguimento di questo risultato, ricopre un approccio integrato che tiene conto degli aspetti politici,

¹⁹⁵ Lome III signed in December 1984 by the Community and the ACP countries was the first to give culture a new status by including a section largely given over to cultural cooperation. Its successor, Lome IV, which entered into force in 1990, includes a title on culture with two distinct but closely linked chapters, one on the cultural dimension in development projects and programmes (art. 142-144) and the other on support for cultural action (art. 145).

¹⁹⁶ Questo accordo, firmato il 23 giugno 2000 tra i membri del gruppo degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico, da un lato, e la Comunità europea e i suoi Stati membri, dall'altro, è stato approvato a nome della Comunità con la decisione del Consiglio 19 dicembre 2002, 2003/159/CE (GU 2003, L 65, pag. 27) ed è entrato in vigore il 1° aprile 2003.

sociali, culturali e ambientali¹⁹⁷. L'art. 27 dedicato allo sviluppo culturale prevede, poi, in uno alla promozione dei valori e delle identità culturali ai fini del dialogo interculturale, anche disposizioni sull'accesso al mercato dei prodotti e servizi culturali¹⁹⁸.

Analogo riscontro si registra nelle iniziative assunte dall'Unione nell'ambito dell'ENPI (Strumento Europeo di vicinato e partenariato)¹⁹⁹,

¹⁹⁷ “La Comunità e i suoi Stati membri, da un lato, e gli Stati [dell’Africa, dei Caraibi e del Pacifico (in prosieguo: gli “Stati ACP”)], dall’altro, in appresso denominati “le parti”, concludono il presente accordo al fine di promuovere e accelerare lo sviluppo economico, culturale e sociale degli Stati ACP, contribuendo in tal modo alla pace e alla sicurezza e favorendo un contesto politico stabile e democratico. Questi obiettivi e gli impegni internazionali delle parti ispirano tutte le strategie di sviluppo e sono perseguiti con un approccio integrato che tiene conto ad un tempo degli aspetti politici, economici, sociali, culturali e ambientali dello sviluppo. Il partenariato fornisce un quadro coerente di sostegno alle strategie di sviluppo adottate da ciascuno Stato ACP...”.

¹⁹⁸ Il testo dell'art. 27 è il seguente: “La cooperazione nel settore della cultura è intesa a:a) introdurre la dimensione culturale a tutti i livelli della cooperazione allo sviluppo; b) riconoscere, preservare e promuovere i valori e le identità culturali ai fini del dialogo interculturale; c) riconoscere, preservare e promuovere il valore del patrimonio culturale; sostenere lo sviluppo di capacità in questo settore; d) sviluppare le industrie culturali e incrementare le opportunità di accesso al mercato dei beni e dei servizi culturali

¹⁹⁹ Si tratta di uno strumento finanziario creato con reg. 1638/2006 con l'intento di assistere i paesi dell'area mediterranea e fornire loro un'assistenza finalizzata alla creazione di una zona di prosperità e di buon vicinato. I settori di attività e i temi specifici sono l'attuazione di accordi di partenariato, di cooperazione e di associazione può riguardare tutti i settori nei quali vengono attuate politiche dell'Unione. I paesi terzi destinatari dei finanziamenti : Algeria, Armenia, Autorità palestinese della Giordania e di Gaza, Azerbaigian, Bielorussia, Egitto, Federazione Russa, Giordania, Georgia, Israele, Libano, Libia, Marocco, Moldova, Siria, Tunisia e Ucraina.

dell'IPA (Strumento di assistenza preadesione)²⁰⁰ e del DCI (Strumento per il finanziamento della cooperazione allo sviluppo) che interessa l'Asia, l'America centrale e l'America latina²⁰¹.

Nel programma relativo al partenariato orientale che è un programma di associazione che l'Unione europea ha in corso con Armenia, Azerbaigian, Georgia, Moldavia, Ucraina e Bielorussia, tra le altre cose è previsto un impegno dei paesi partner alla condivisione dei valori promossi dall'Unione europea.

Nel *Regional Programming for Asia. Multiannual Indicative Programme* (MIP) 2014/2020 dopo aver ricordato che “Home to more than half of the world’s population, Asia is characterised by a high diversity in terms of political, economic, social, cultural, security and environmental systems. Asia has surpassed the North American Free Trade Agreement (NAFTA) by becoming Europe’s main trading partner” si individuano le aree di azione che comprendono aspetti economici (commercio) e sociali (e culturali)

²⁰⁰ E' stato creato con reg. 1085/2006 ed è stato rinnovato con reg. 231/2014 che ha dato vita all'IPA II.

²⁰¹ La base giuridica è rappresentata dal reg. 1905/2006. Si propone eliminazione della povertà nei paesi e nelle regioni partner nel contesto dello sviluppo sostenibile, incluso il perseguimento degli obiettivi di sviluppo del Millennio (OSM), nonché la promozione della democrazia, della buona governance e del rispetto dei diritti umani e dello stato di diritto. Destinatari dei finanziamenti : paesi e regioni partner, organizzazioni internazionali, pubbliche amministrazioni, istituzioni, Università, imprese, organizzazioni non governative , agenzie dell'Ue , persone fisiche.

Nelle relazioni con i paesi dell'Asean, il documento della Commissione JOINT COMMUNICATION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL. The EU and ASEAN: a partnership with a strategic purpose JOIN(2015) 22 final del 18.5.2015 dopo aver ricordato l'interesse strategico ad intensificare i rapporti con i paesi dell'area che hanno manifestato l'auspicio di dare vita ad una "strategic Partnership", e la favorevole disponibilità da parte europea l'UE "For its part, the EU has compelling economic, sectoral and political interests in enhancing its cooperation with this pivotal player in a region of strategic importance" non trascura aspetti culturali della collaborazione come ad es. l'intensificazione della collaborazione nel campo dell'istruzione con scambio studenti, assistenza al sistema scolastico, riconoscimento diplomi.

Nell' *Economic Partnership, Political Coordination and Cooperation Agreement between the European Community and its Member States, of the one part, and the United Mexican States, of the other part* dell' 8 dicembre 1997 , l'art. 31 è dedicato alla *Cultural cooperation*.

5. *L'attenzione mostrata per la cultura negli accordi commerciali o nella parte che riguarda l'aspetto commerciale trattato in altri accordi*

Per quanto concerne gli accordi commerciali e la parte che in altri accordi è dedicata ad aspetti commerciali, il comportamento dell'UE sulle possibili ricadute sugli aspetti culturali e sulla diversità culturale è stato definito in un *Argumentaire on the Title on Cultural Cooperation in future EU trade agreements* adottato dalla Commissione nel 2007 nel quale sono tracciate le modalità con cui conciliare gli aspetti strettamente economici con quelli culturali. In questo documento sono individuati una serie di obiettivi da perseguire, tra cui quello previsto dall'art. 16 della convenzione Unesco sulla diversità culturale che chiede ai paesi sviluppati di facilitare gli scambi coi PVS con strutture istituzionali e giuridiche appropriate e di praticare un trattamento preferenziale ai loro artisti e altri operatori culturali, nonché ai loro beni e servizi culturali. A questi obiettivi si aggiunge quello di favorire l'adesione degli Stati alla stessa convenzione, quello di facilitare gli scambi di beni e servizi culturali, la cura di impedire che il settore degli audiovisivi sia ricondotto entro le previsioni commerciali relative ai servizi e allo stabilimento, quello di riconoscere, inoltre, alle parti "their capacity to elaborate and further develop their public cultural policies with a view to protecting and promoting cultural diversity".

Questo documento sottolinea l'importanza delle industrie culturali e quella dei beni e servizi culturali per il loro significato economico, sociale e culturale il cui scambio è da facilitare.²⁰²

Nella risoluzione del 6 aprile 2011 sul *Futuro della politica europea degli investimenti internazionali* (2010/2203 (INI)) il Parlamento ha invitato la Commissione “to include in all future agreements specific clauses laying down the right of parties to the agreement to regulate, inter alia, in the areas of protection of national security, the environment, public health, workers’ and consumers’ rights, industrial policy and cultural diversity”. Ma già prima, in occasione dell’accordo di Partenariato economico, di coordinamento politico e di cooperazione del 1997 tra UE e Messico, ad esempio, una adeguata attenzione era stata prestata agli aspetti culturali ai quali si dava rilievo sia sotto il profilo “promozionale” che “commerciale”. L’art. 31 al n. 1 di quell’accordo dispone che “The Parties agree to promote cultural cooperation, that duly respects their diversity, in order to increase mutual understanding and the spreading of their respective cultures”, e il successivo n. 2 aggiunge che “The Parties shall take appropriate measures to promote cultural exchanges and carry out joint initiatives in various cultural spheres. In this regard,

²⁰²The third objective is to recognize the importance of the cultural industries and the multifaceted nature of cultural goods and services as activities of cultural, economic and social value and to facilitate the exchanges in cultural goods and services.

the Parties shall define, in due time, the relevant cooperation activities and arrangements”.

In coincidenza e in previsione dei vari negoziati, più specifiche direttive hanno definito le linee di condotta e la portata degli impegni che si vanno a prendere.

Così, nelle direttive di negoziato relative ai capitoli sulla protezione degli investimenti negli accordi di libero scambio con Canada (CETA), con l’India e con Singapore²⁰³, il Consiglio in data 12 settembre 2011 ha ribadito la necessità che questi accordi assicurino non soli i più alti standard di protezione degli investimenti, in particolare gli standard europei desumibili dai BIT degli Stati membri, al fine di aumentare l’attrattività dell’Europa, ma “without prejudice to the right of the EU and the Member States to adopt and enforce, in accordance with their respective competences, measures necessary to pursue legitimate public policy objectives such as social, environmental, security, public health and safety in a non-discriminatory manner”, ma anche che “The agreements shall respect the policies of the EU and its Member States for the promotion and protection of cultural diversity”.

Per quanto riguarda, in particolare, l’accordo con il Canada (accordo CETA), nella nota del Consiglio dell’Unione del 15 dicembre 2015, che riporta la parte declassificata relativa alle direttive date alla

²⁰³ Le direttive in parola sono disponibili al link:
<http://www.bilaterals.org/?eu-negotiating-mandates-on&lang=en>

Commissione sulla sua negoziazione, si trova conferma di queste indicazioni. Oltre a quanto già riferito secondo cui “L'accordo rispetta le politiche che l'UE e gli Stati membri conducono a favore e a tutela della diversità culturale”, nella parte relativa agli scambi di servizi e stabilimento (punto 22) risulta che “L'accordo prevederà la graduale e reciproca liberalizzazione dello stabilimento e degli scambi di servizi, così da garantire le maggiori possibilità di accesso al mercato senza alcuna esclusione a priori, nel rispetto delle pertinenti norme dell'OMC, in particolare dell'articolo V del GATS. Ciò non pregiudica la possibilità di escludere dagli impegni di liberalizzazione un numero limitato di settori”. Si precisava che “ Il titolo non contempla i servizi audiovisivi e altri servizi culturali”. E, poi, al punto 27 che “I servizi audiovisivi e gli altri servizi culturali saranno oggetto di uno specifico quadro di cooperazione in ambito audiovisivo e culturale. Nello sviluppare questo quadro di cooperazione, le parti conserveranno la possibilità di mantenere e sviluppare la loro capacità di definizione e attuazione delle politiche culturali e audiovisive allo scopo di preservare la loro diversità culturale, promuovendo nel contempo gli scambi culturali e audiovisivi e favorendo il dialogo interculturale”.

E così nel testo consolidato pubblicato nel 2014 a seguito di laboriosi negoziati da parte della Commissione Europea, *Note for the Attention of the Trade Policy Committee. CETA Consolidated Text*, Brussels, 5 August

2014, risultano esclusi dalla sua portata le industrie culturali per il Canada e il settore audiovisivo per l'UE. Nel testo si trovano diversi passaggi in proposito. Da notare, anche, il richiamo fatto nel Preambolo dell'Accordo alla conv. Unesco del 2005, alla cui osservanza l'Accordo tiene. Gli Stati –è detto nel preambolo- hanno il diritto di preservare, sviluppare e attuare le proprie politiche culturali, di sostenere le proprie industrie culturali nell'intento di sostenere la diversità delle espressioni culturali e di preservare la loro identità culturale²⁰⁴.

Su questa premessa di carattere generale, sono state previste specifiche disposizioni che ribadiscono l'estraneità all'accordo del settore degli audiovisivi e delle industrie culturale²⁰⁵.

Con riguardo al Trattato transatlantico sul commercio e gli investimenti con gli USA (TTIP), tutt'ora in corso, le direttive di negoziato adottate dal Consiglio il 17 giugno 2013, e desecretate il 9 ottobre 2014, ponevano come obiettivo, tra gli altri, "di negoziare disposizioni sulla

²⁰⁴ AFFIRMING their commitments as parties to the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, done at Paris on 20 October 2005, and recognising that states have the right to preserve, develop and implement their cultural policies, to support their cultural industries for the purpose of strengthening the diversity of cultural expressions, and to preserve their cultural identity, including through the use of regulatory measures and financial support;

²⁰⁵ I settori di riferimento sono indicati nel Capo 9 relativo ai sussidi, nel Capo 10 sugli investimenti e nel Capo 11 sul commercio transfrontaliero di servizi.

liberalizzazione e sulla tutela degli investimenti, inclusi i settori di competenza mista quali gli investimenti di portafoglio e gli aspetti della proprietà e dell'esproprio, in base ai livelli più elevati di liberalizzazione e agli standard di tutela più alti che entrambe le Parti abbiano negoziato finora". Le direttive specificavano anche che "per quanto riguarda la tutela degli investimenti l'obiettivo delle rispettive disposizioni dell'accordo deve essere: - prevedere il più alto grado possibile di tutela giuridica e certezza del diritto per gli investitori europei negli Stati Uniti; - prevedere la promozione degli standard di tutela europei in modo da aumentare l'attrattiva dell'Europa quale luogo di investimenti esteri; - prevedere condizioni di parità per gli investitori negli Stati Uniti e nell'UE; - fondarsi sull'esperienza degli Stati membri e sulle loro migliori pratiche legate agli accordi bilaterali sugli investimenti con paesi terzi; - non pregiudicare il diritto dell'UE e degli Stati membri di adottare e applicare, conformemente alle loro rispettive competenze, le misure necessarie al perseguimento non discriminatorio di legittimi interessi di politica pubblica negli ambiti sociale, ambientale, della sicurezza nazionale, della stabilità del sistema finanziario, della salute pubblica e della sicurezza. L'accordo deve rispettare le politiche dell'UE e degli Stati membri per la promozione e la protezione della diversità culturale".

Dal comunicato stampa del Consiglio del 14 giugno 2013 sul mandato conferito alla Commissione risulta che era stato accantonato il regime dei servizi audiovisivi.

"The Council today adopted a mandate for the Commission to negotiate a comprehensive trade and investment agreement with the United States, the "transatlantic trade and investment partnership" (TTIP).

The mandate is composed of a decision of the Council and a decision of the representatives of the member states authorising the opening of negotiations, as well as directives for the negotiation of the agreement. The directives foresee an agreement made up of three key components: market access; regulatory issues and non-tariff barriers; and rules.

The Council agreed that audiovisual services will not be covered in the mandate, but that the Commission will have the opportunity to make recommendations on additional negotiating mandates.

"The final mandate given to EU trade chief Karel De Gucht, who will lead negotiations, does not include the audio-visual sector" (Reuters) ha provocato le reazioni risentite da parte USA. Il portavoce dei rappresentanti commerciali degli USA ha commentato: "We do not think carve-outs for new audiovisual quotas before we even begin negotiations are helpful".

The US was appalled that the EU took a whole industry off the table exactly before this crucial trade deal.

Of course, for a business nation, entering a business negotiation, which sees culture as just another industry, it is strange, it is appalling, it is even offensive that it should not be on the table, along with oil, gas, metallurgy and all the other industries.

L'ambasciatore degli USA presso l'Unione europea, William Kennard ha dichiarato "I don't get that logic at all... Either you come to the negotiating table without preconditions and exceptions and carve-outs, or you don't", ma tant'è.

Un cenno va fatto al Doha Development Agenda [↗](#), ovvero al ciclo di incontri previsti dall'OMC nel 2001 per l'aggiornamento delle regole internazionali sui servizi e al Trade in Services Agreement [↗](#) (TiSA), i cui negoziati sono iniziati nell'aprile del 2013 tra 23 membri dell'OMC. Come già ricordato precedentemente (cap. II, par. 9) con riguardo ai negoziati relativi all'Agenda Doha e alla Conferenza ministeriale dell'OMC, il Parlamento europeo con Risoluzione 1.12.2005 (in GU C 285 del 21.11.2006, p. 126) e Risoluzione 4.4.2006 (in GU C 293 E del 21.12.2006, p. 155, punto 46) ha sottolineato l'importanza di tenere presenti anche gli aspetti non direttamente connessi agli scambi

commerciali, come ad esempio le questioni sociali, ambientali e culturali.

In vista del TiSA (Trade in Service Agreement)²⁰⁶ che dovrà sostituire il Gats, generalizzando la regola del trattamento nazionale salvo le eccezioni da segnalare, l'UE intende stipulare esenzioni molto significative nel settore culturale.

Nelle direttive fornite ai negoziatori, che sono state declassificate e rese pubbliche nel marzo 2013, risulta che "The European Union will ensure that the Union and its Member States maintain the possibility to preserve and develop their capacity to define and implement cultural and audiovisual policies for the purposes of preserving their cultural diversity".

²⁰⁶Il "Trade in Service Agreement" è l'accordo che stanno negoziando, a partire dal 2013, 23 membri dell'OMC tra cui l'UE. L'accordo dovrebbe innovare le disposizioni del GATS e, qualora il numero di Stati membri dell'OMC aderenti dovesse accrescersi, nel tempo potrebbe sostituire il GATS sia nella parte generale che nelle disposizioni orizzontali. Innovazione principale del TISA rispetto al GATS è che il trattamento nazionale è considerato un principio orizzontale (nel GATS le Parti hanno dovuto individuare per quali settori lo avrebbero fatto valere – c.d. "positive list"). Quindi ogni esenzione da tale principio va specificata in un'apposita "negative list". Attualmente del TISA sono disponibili sul sito dell'UE <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1133> i position paper dell'UE e alcune proposte dell'UE. Nel luglio del 2014 ampi stralci del draft sono stati pubblicati da Wikileaks, ma non sono ufficiali e si riferiscono ai risultati dei negoziati fino a quel momento.

6. I Protocolli sulla cooperazione culturale

Da ultimo va riportata la tecnica di fare ricorso ad appositi protocolli sulla cooperazione culturale che sono allegati a trattati commerciali o di partenariato. Ciò ha consentito di affrontare meglio e con maggior profitto le questioni relative, ad esempio, al regime dei beni, dei servizi culturali e delle industrie culturali, in genere, a quelle della cooperazione nel settore degli audiovisivi del trattamento da praticare agli artisti etc. Il ricorso a questi Protocolli, che è avvenuto tre volte negli ultimi tempi, si è rivelato utile per la loro duttilità. Comune a tutti è il richiamo ai principi della conv. Unesco del 2005 e alla diversità culturale.

Il primo di questi protocolli (*Protocol III on cultural cooperation*) è stato concluso nell'ambito dell'Accordo di partnership con paesi ACP (CARIFORUM) dell'ottobre 2008. Ad esso ha fatto seguito quello con la Corea (che è stato applicato dal 2011) e, poi, un altro, ancora, nel 2012 con paesi del Centro America (Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, El Salvador, Panama).

Tutti e tre questi protocolli prevedono intese nel settore degli audiovisivi, che, come ricorda la Commissione europea solitamente è escluso nei negoziati commerciali dell'Unione e che hanno l'effetto di

lasciare liberi l'UE e gli Stati membri di fare discriminazioni nei confronti di providers stranieri di servizi televisivi²⁰⁷.

Sul punto i predetti Protocolli dedicano particolare attenzione circa le modalità di cooperazione che sono diverse da caso a caso e tengono conto delle situazioni specifiche che riguardano le controparti. Coi paesi CARIFORUM, ad esempio è previsto ogni sforzo per riequilibrare l'asimmetria degli scambi in questo settore²⁰⁸, non così, invece, con la

²⁰⁷ In both multilateral and bilateral trade negotiations the EU traditionally excludes the audiovisual sector from any commitments it makes to open its markets to foreign competition. So, when it comes to audiovisual services, almost none of the EU's FTAs allow foreign (non-EU) companies access to the EU market or the right to be treated the same as their EU counterparts.

The result is that the EU and its Member States are fully free to discriminate against foreign providers of audiovisual services. The best example is the quota system. TV quotas were first regulated in the 'Television without borders' Directive of 1989, which in 2007 became the 'Audiovisual Media Services Directive' (AVMSD). Today, this Directive is the main EU-wide law regulating the sector. Documento della Commissione sul Ttip and Culture del 17 luglio 2014 (http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc_152670.pdf). Per un più dettagliato esame dei cari protocolli si rinvia a E. Psychogiopoulou, cit., p. 76 ss.

²⁰⁸ L'art. 5, dedicato agli *Audio-visual, including cinematographic, cooperation*, al n. 2 dispone "The Parties and the Signatory CARIFORUM States, in conformity with their respective legislation, shall facilitate the access of co-productions between one or several producers of the EC Party and one or several producers of Signatory CARIFORUM States to their respective markets, including through the granting of preferential treatment, and subject to the provisions of Article 7 of this Agreement, including by facilitating support through the organisation of festivals, seminars and similar initiatives". L'art. 1, n. 2. Prevede che "While preserving and further developing their capacity to elaborate and implement their cultural policies, with a view to protecting and promoting cultural diversity, the Parties shall collaborate with the aim of improving the conditions governing their exchanges of cultural

Corea che è un paese sviluppato e col quale la cooperazione, anche nel campo degli audiovisivi è già di buon livello²⁰⁹. In questo caso il Protocollo si basa sul principio del trattamento reciproco²¹⁰. Una soluzione intermedia è praticata, invece, dal Protocollo con i Paesi Centro America, che è annesso ad un ampio accordo di associazione²¹¹. All'art. 1, par. 2 questo Protocollo prevede:

While preserving and further developing their capacity to elaborate and implement their cultural policies, with a view to protecting and promoting cultural diversity, the Parties shall endeavour to collaborate in order to improve the conditions governing their exchanges of cultural activities, goods and services and address imbalances which may exist, and ensure wider and more balanced cultural exchanges.

activities, goods and services and redressing the structural imbalances and asymmetrical patterns which may exist in such exchanges.”

²⁰⁹Per quello con la Corea cfr. J. Loisen e F. De Ville, *The EU-Korea Protocol on Cultural Cooperation: Toward Cultural Diversity or Cultural Deficit?* In www.ijoc.org/index.php/ijoc/article/view/882

²¹⁰ Considering also the existence of full fledged policies for cultural diversity and measures of promotion of local content in Korea, in these negotiations it is proposed to develop a clause providing for the possibility for finished audiovisual works co-produced between European and Korean partners to qualify as European and Korean works in accordance with the legislation in place in the partners' countries provided they meet the criteria defined therein. This clause would thus foster the circulation of audiovisual works for the mutual benefit of the EU and Korea.

²¹¹“The Association Agreement relies on three complementary and equally important pillars, namely political dialogue, cooperation, and trade which reinforce each other and their effects. These are the right tools to support economic growth, democracy and political stability in Central America”. (www.ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/central-america)

7. Conclusioni

Alla luce di questi dati può senz'altro dirsi che il riferimento alla conv. Unesco del 2005 sia una costante della politica culturale dell'Unione nelle relazioni esterne, così come il richiamo al principio della diversità culturale in essa contenuto. Questo richiamo serve a giustificare, da un lato, l'apertura e la tutela delle diversità culturali dei paesi con cui si negozia e, dall'altro, la tutela e difesa delle proprie diversità culturali e linguistiche, in aderenza a quanto stabilito dall'art. 167 TFUE²¹².

Nella sua prassi l'UE ha diretto i suoi sforzi proprio al bilanciamento dei principi del commercio con quelli del rispetto del diritto e della libertà degli Stati membri di definire e attuare le politiche culturali facendo un uso estensivo della flessibilità prevista dall'Omc per salvaguardare le prerogative culturali degli Stati membri oltre che nei rapporti interni anche con gli Stati terzi. Ciò si è reso necessario per il fatto che il sistema dell'Omc non risponde adeguatamente alle preoccupazioni che gli Stati nutrono su questi temi e tenuto conto che anche nel campo dei

²¹² Da ultimo si riporta il caso del trattato con Singapore il cui testo ufficiale è del maggio 2015. Nel Preambolo si legge "REAFFIRMING each Party's right to adopt and enforce measures necessary to pursue legitimate policy objectives such as social, environmental, security, public health and safety, promotion and protection of cultural diversity".

servizi (Gats) dove una qualche forma di garanzia è possibile, è comunque richiesta una particolare attenzione²¹³.

Un altro elemento consiste nella tendenziale esclusione del settore audiovisivo dalla liberalizzazione del commercio, salvo alcune eccezioni mirate come nel caso dei tre protocolli di cui si è fatto cenno.

Relativamente, invece, alle cultural industries, la sua posizione è favorevole alla liberalizzazione. Nel caso del CETA, tuttavia, l'Unione ha accettato che il Canada le escludesse dagli obblighi assunti.

D'altra parte il Canada ha assunto un atteggiamento di strenua difesa della sua specificità culturale, manifestata come si è visto anche nel trattato NAFTA, a difesa delle proprie industrie culturali contro l'invasione statunitense. Come dichiarato dalla stessa Commissione europea il peso e l'importanza delle industrie culturali in Europa è notevole. Si capisce, quindi, il motivo per il quale se ne intende salvaguardare l'attività. Nella Agenda 2007 si ricorda che "Già ora il settore culturale europeo imprime un impulso molto dinamico all'attività economica e all'occupazione in tutta l'UE. Le attività culturali possono anche contribuire a promuovere una società inclusiva, nonché

²¹³ Come è stato ricordato da E. Psychogiopoulou, *The External*, cit., p. 69, nel 1994 la Comunità europea e gli Stati membri pianificarono degli impegni nel campo dei servizi culturali che furono inseriti nel cd *entertainment service* della lista di classificazione dei servizi dell'Omc. Con riguardo ai servizi audiovisivi tuttavia essi notificarono la loro volontà di escluderli dalla regola sulla NPF (conformemente all'art. II 2 del Gats).

a prevenire e ridurre la povertà e l'esclusione sociale. Come riconosciuto nelle conclusioni del Consiglio europeo di primavera del 2007, gli imprenditori creativi e un'industria culturale vivace costituiscono una straordinaria fonte di innovazione per il futuro. Occorre prendere atto, ancora di più, di queste potenzialità e sfruttarle pienamente" (p. 3).

CONCLUSIONI

La ricerca volta a delineare il trattamento riservato alla cultura e agli interessi culturali prima nel diritto internazionale e poi nel diritto dell'Unione europea ha evidenziato due situazioni abbastanza diverse.

Nel diritto internazionale l'interesse verso la cultura e i suoi valori è venuto progressivamente a manifestarsi partendo molto da lontano e avendo ad oggetto, in un primo momento, solo i beni culturali di interesse storico artistico ed archeologico, appartenenti allo Stato da proteggere in tempo di guerra. Da questa prima e limitata forma di tutela si è passati poi ad organizzare modalità di protezione anche per il patrimonio privato oggetto di furti o di illecita esportazione fino a considerare più in generale la protezione del patrimonio materiale, incluso, il patrimonio naturale, e di quello immateriale un interesse di tutta l'umanità. Tutto questo è avvenuto utilizzando lo strumento pattizio che ha il limite di vincolare solo gli Stati che lo accettano, salvo una sua possibile trasformazione in diritto generale con effetto vincolante per tutti gli Stati senza distinzione. Perché ciò avvenga, però, occorre che si formi, così come è avvenuto per le convenzioni internazionali sul diritto di guerra, una prassi costante. In questo panorama si è visto che la convenzione Unesco del 2005 sulla diversità culturale, che rappresenta il risultato più avanzato raggiunto in tema di tutela della cultura, non è riuscita ad imporsi sulle regole del commercio internazionale che

favorendo la libera circolazione e l'eliminazione degli ostacoli tecnici e tariffari danno spazio a modelli culturali che minacciano di eliminare ogni diversità. L'incapacità della convenzione dell'Unesco di opporsi a queste regole è dovuta al fatto che essa stessa con un atteggiamento ambiguo nel mentre enuncia i suoi principi innovatori dichiara di non voler far venire meno per gli Stati le regole già in vigore. Intorno a questo dilemma e alle possibili soluzioni si è sviluppato il secondo capitolo che ha evidenziato la tendenza degli Stati interessati a stabilire nelle trattative che vanno a realizzare modalità di tutela più adeguate. Nella parte relativa al diritto dell'Unione è emerso, invece, che abbastanza presto si è affermata in esso una tendenza a comprendere le ragioni degli Stati in difesa dei loro interessi culturali ammettendo eccezioni e limiti all'operatività dei principi di libertà e di divieto di aiuti di Stato. Si è visto come questa tendenza si sia poi rafforzata a seguito delle modifiche ai testi che hanno collocato la cultura e gli interessi culturali in una posizione di rilievo nella costruzione europea. Sulla base dei nuovi dati sono stati così considerati i risultati dell'azione svolta dalle istituzioni sia sul piano interno che su quello delle relazioni esterne in nome della cultura e dei suoi valori. Alla fine è emerso un quadro complessivo fatto di luci e di ombre, in cui le esigenze culturali, salvo limitati contesti, fanno fatica ad affermarsi di fronte a forze economiche che spingono fortemente in una direzione contraria.

BIBLIOGRAFIA

AA VV, La question de l'identité européenne dans la construction de l'Union. Compte rendu du séminaire du 24 novembre 2005, in Notre Europe. Etudes et Recherches

K. Acheson, C. Maule, *Convention on cultural diversity*, in Journal of Cultural Economics, 2004

G. Adinolfi, *L'Organizzazione mondiale del commercio. Profili istituzionali e normativi*, Padova, 2001

A.Alemanno, *A la recherche d'un juste équilibre entre liberté fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur*, in Rev dr UE, 2004, p. 709 ss

I. Anrò, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in F. Costamagna, A. Oddenino, E. Ruozzi, A. Viterbo, L. Mola, L. Poli (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2010

A.Arena, *Implementing the Audiovisual Media Services Directive between world trade rules and cultural diversity*, in European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2009, p. 77 ss.

M. Barlow, *The Global Monoculture: 'Free Trade' versus Culture and Democracy*, in Earth Island Journal, Autumn 2001

L. BARTLES, *Article XX of GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction: the Case of Trade Measures for the Protection of Human Rights*, in Journal World Trade, 2002

S. Benhabib, *La rivendicazione dell'identità culturale. Uguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna 2005

I. Bernier, *Trade and Culture*, in *The Kluwer Companion to the WTO*, Amsterdam 2003

C. Campiglio, *Identità culturale e diritti umani* in *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, XVI Convegno Sidi, Catania 2011, Napoli, 2012,

A. Blasi e F. Munari, *comm. art. 87 TCE*, in *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, (a cura di A. Tizzano), Milano, 2004

G.A.Cano, *The MAI: on the threshold of a cultural war?*, in *World Culture Report, Cultural Diversity. Conflict and Pluralism*, Unesco Publ. 2000

J.Y. Carlier, *Diversité culturelle et droit International privé. De l'ordre public aux accommodements reciproques ?*, in *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, XVIII Convegno SIDI Napoli 13-14 giugno 2013, (a cura di G. Cataldi e V. Grado), Napoli, 2014, 125

C. Cellerino e F. Munari, *comm. Art. 107*, in *Trattati dell'Unione Europea* (a cura di A. Tizzano), Milano, 2014

E. D'alterio, *"Il bruco e la farfalla". Libertà di commercio ed eccezione culturale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, p. 847

Y. Donders, *Towards a Right to a Cultural Identity*, Atwerpen, 2002

Y. Donders, *The Protection of Cultural Rights in Europe: None of the EU's Business?*, in *Maastricht Journal of European and comparative Law*, (MJ), 2003, p. 117 ss

P.M. Dupuy, *Diversité culturelle et arbitrage international entre Etats et investisseurs étrangers*, in Diritto Internazionale e pluralità delle culture, XVIII Convegno Napoli 13-14 giugno 2013, (a cura di G. Cataldi e V. Grado), Napoli, 2014, p. 279 ss

H. Ruiz Fabri, *Jeux dans la fragmentation: la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles*, in Revue général, 2007, p. 43 s

J. Farchy et H. Ranaivoson, *La diversité culturelle dans le commerce mondial : assumer des arbitrages*, in La Revue, 2008/2 n° 51, p. 53-57

D. Ferri, *La costituzione culturale dell'Unione Europea*, Padova, 2008

D. Ferri, *La dimensione prescrittiva della cultura. Un'analisi comparata tra significante e significato*, in Dir pub comp europeo, 2009, I, p. 12 ss

D.Ferri, *Il principio di protezione e promozione della diversità culturale quale parametro di legittimità delle misure a tutela delle lingue nazionali nel settore degli audiovisivi*, in DPCE, 2009, III

B. Fleury et J. Walter, *Promouvoir la diversité culturelle ?* in Questions de communication, 2008, p. 153 – 169

S.Foa e W.Santagata, *Eccezione culturale e diversità culturale. Il potere culturale delle organizzazioni centralizzate e decentralizzate*, Realzione al Convegno “Fiscal Federalism in the European Union and in the National States”, Scuola Superiore di Amministrazione pubblica, 23 gennaio 2004 Roma

M. E. Footer e C.B. Graber, *Trade Liberalization and cultural Policy*, in JIEL, Jour Inter Econ Law, 2000, 114 -144

F. Francioni, *Principi e criteri ispiratori per la protezione internazionale del patrimonio culturale*, in *Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali e difesa del patrimonio comune della cultura* (a cura di A. Del Vecchio e F. Francioni), Milano 2000, p. 11 ss

F. Francioni, *Au delà des traités: l'émergence d'un nouveau droit coutumier pour la protection du patrimoine culturel*, in *RGDI*, 2007, p. 19 ss. ;

F. Francioni, *Diritto internazionale, cultura e diritti umani*, in *Diritto internazionale e pluralità delle culture. Convegno SIDI, Napoli 13-14 giugno 2013* (a cura di G. Cataldi e V. Grado), Napoli, 2014

G. Gaja, *Le rôle de la C.E.E. à l'égard de l'exportation des biens culturels*, in *RDIPP*, 1989,

F. Galgano e F. Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2007

L. Gannagé, *Les methodes du droit int privé à l'épreuve des conflits de cultures*, in *RCADI*, 2013, t. 357

C. Geertz, *Interpretation of cultures*, New York, 1973

A. Giddens, *Globalization, inequality, and the social investment state*, in *World Culture Report. Cultural diversity, conflict and pluralism*, Unesco Publishing 2000

B.C. GRABER, *The New Unesco Convention on Cultural Diversity: a Counterbalance to the TWO?*, in *Journ of intern economic Law*, 2006

E. JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, in *Recueil des Cours*, t. 251, 1995

M. Jovane, *The universality of human rights and international protection of cultural diversity*, in Int. Journal on Minority and Group Rights, 2007, p. 231 – 262

S.P. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Reamrking of World Order*, NY, 1996

E. Leach, *Cultura/culture*, in Enc. IV, Torino, 1977

U. Leanza, *Zona archeologica marina*, in Principi e criteri ispiratori per la protezione internazionale del patrimonio culturale, in Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali e difesa del patrimonio comune della cultura (a cura di A. Del Vecchio e F., Francioni), Milano 2000, p. 41 aa

M. Marletta *La restituzione beni culturali*, Padova, 1997

M. Marletta. Commento art. 167 TFUE, in Trattati dell'Unione europea, a cura di A., Tizzano, Milano, 2014

R. Mastroianni, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nella definizione delle competenze statali e comunitarie in materia di politiche culturali*, in Riv it dir pub comunit, 1994, p.63 ss

R. Mastroianni, *La revisione della direttiva «televisione senza frontiere»*, in Dir. radiodiff. telecom., 1999, p. 185 ss

R. Mastroianni, *La seconda revisione della direttiva "Televisione Senza Frontiere": verso la deregulation della pubblicità in televisione?*, in Consumatori, diritto e mercato, 2007

K. V. MULCAHY, *Globalisation et culture. Le cas de Canada et d'Etats-Unis d'Amérique*, in *Journal for Communication Studies*, 2010, p. 151-161

J. A.R. Naftziger, *Cultural Heritage Law: the International Regime. Report of the Director of Studies of the English-Speaking Section of the Centre*, in Scovazzi e Nafziger (a cura di), *Le patrimoine culturel de l'humanité/the cultural Heritage of Mankind*. Centre d'étude et de recherché de l'Academie de droit international de la Haye/Centre for Studies and Research of the Hague Academy of International Law, Dordrecht, Boston, London, 2008, p. 145 ss

A.Nascimbene - M. Condinanzi (a cura di), *Giurisprudenza di diritto comunitario. Casi scelti*, Milano, 2007

R.J. Neurwirth, *The Future of the 'Culture and Trade Debate': A Legal Outlook*, in *Journal of World Trade*, 47, 2013, p. 391 – 420

A. Oriolo, *Patrimonio digitale: guidelines internazionali e strategie dell'Unione europea di accessibilità, diffusione e protezione dei beni culturali e scientifici nell'era digitale*, in *Studi integrazione eur*, 2010, p.433

C.Migliorati, *Il sito archeologico di Pompei a rischio di cancellazione dalla lista del patrimonio mondiale*, in *DCSI*, 2013,

I.Papanicolopulu, *La zona contigua archeologica e la sua delimitazione* in *La Protezione del patrimonio culturale sottomarino nel mare Mediterraneo*, (a cura di T. Scovazzi), Milano, 2004

P. Picone e A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002

G. Poggeschi, *La "Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali" dell'Unesco entra a far parte del*

corpus legislativo italiano. *Una novità nel panorama degli strumenti giuridici internazionali?*, in Aedon, 2007 (rivista on line)

E. PSYCHOGIOPOULOU, *The External Dimension of EU Cultural Action and Free Trade: Exploring an Interface*, in *Legal Issues of Economic Integration* 41, no. 1 (2014): 65–86

Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali e difesa del patrimonio comune della cultura (a cura di F. Francioni, A. Del Vecchio, Paolo De Caterini), Luiss, Osservatorio sulle Istituzioni Internazionali e Comunitarie, Milano, 2000

P. Pescatore, *Le commerce de l'art et le Marché Commun*, in *Rev trim dr eur*, 1985

S. Regourd, *A proposito dell'eccezione culturale*, in www.attac.it del 20 giugno 2003

C. Renzulli, *La «dimensione contemporanea» del patrimonio culturale. Prospettive di tutela e valorizzazione*, in *Alcuni aspetti della "dimensione culturale" del diritto internazionale ed interno*, Aracne ed. 2014, p. 287 - 313

C. Renzulli, *Tendenze evolutive europee sul mercato unico e le imprese culturali dei media*, in *Globalizzazione e pluralità delle fonti giuridiche: un duplice approccio*, (a cura di G. Ziccardi Capaldo), Napoli, 2012, p. 223 ss

L. Richieri Hanania, *Diversité culturelle et droit international du commerce*, Paris, 2009

G. RUBAGOTTI, *La convenzione Unesco Sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali: quale coordinamento con le norme OMC?*, in *Dir comm int.*, 1969 ss;

A. -DAHRENDORF, *Trads Meets Culture. The Legal Relationship between WTO Rules and the Unesco Convention on the Protection and Promotion of Diversity of Cultural Expression*, Maastricht Working Paper, n. 11, 2006:

L. Sbolci, *La libera circolazione delle merci*, in *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale* (a cura di G. Strozzi), Torino, 2015

F. Scott Galt, *The Life, Death, and Rebirth of the "Cultural Exception" in the Multilateral Trading System: An Evolutionary Analysis of Cultural Protection and Intervention in the Face of American Pop Culture's Hegemony*, in Wash. U. Global Stud. Law Rev. 909 (2004), p. 909 – 935

T.Scovazzi, *La notion de patrimoine de l'humanité en tant qu'expression d'un intérêt collectif des Etats*, in Scovazzi e Nafziger (a cura di), *Le patrimoine culturel de l'humanité/the cultural Heritage of Mankind*. Centre d'étude et de recherche de l'Academie de droit international de la Haye/Centre for Studies and Research of the Hague Academy of International Law, Dordrecht, Boston, London, 2008, p. 3 ss

G. Strozzi, *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, Torino, 2015,

J. Sweeney, *A margin of appreciation in the internal market: lessons from the European Court of Human Rights*, in *Legal Issues of European Integration*, 2007, p. 27 e ss

P. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia (a cura di) *I diritti in azione*, Bologna, 2007, p. 149 e ss;

G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, p. 418 ss;

F. S. Tenório de Amorim, *La diversité des cultures et l'unité du marché: les défis de la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, in Scovazzi e Nafziger (a cura di), *Le patrimoine culturel de l'humanité/the cultural Heritage of Mankind*. Centre d'étude et de recherche de l'Académie de droit international de la Haye/Centre for Studies and Research of the Hague Academy of International Law, Dordrecht, Boston, London, 2008, p. 355 ss

A. Tizzano, *La direttiva CEE sulla «televisione senza frontiere»*, in *Foro it.*, 1990, p. 92 ss.

G.L.Tosato, *L'evoluzione della disciplina degli aiuti di Stato e il piano di riforma della Commissione europea*, in Schepisi (a cura di), *La modernizzazione degli aiuti di Stato*, Torino, 2011

E.B. Tylor, *Alle origini della cultura*, Roma, 1985

G. Venturini (a cura di) *L'organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 2015

A. von Bogdandy, *The European Union as Situation, Executive, and Promoter of the International Law of Cultural Diversity – Elements of a Beautiful Friendship*, in *European Journal of international Law*. 2008, Vol. 19 No. 2, 241–275

A.Vigorito, *Nuove tendenze della tutela internazionale dei beni culturali*, Napoli (ESI), 2013

Y. Arai Takahashi, *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value – pluralism in the European Integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, 2001

T. Voon, *Unesco and the WTO, A clash of Cultures?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, 635 – 651

T.Voon, *A New Approach to Audiovisual Products in the WTO: Rebalancing GATT and GATS*, in *UCLA Entertainment Law Review* 2007

T. VOON, *Cultural Products and the World Trade Organisation*, Cambridge University Press, 2007

O. Yasuaki, *A transcivilizational perspective on International law*, in *RC* 2009, t. 342, p. 88 ss

D. Waelbroeck, *La libre circulation des messages audiovisuelles et la protection des intérêts culturels*, in *L'espace audiovisuelle européen*, a cura di Vandersanden, Bruxelles, 1992, p. 137 ss.;

P. Wescher, *I furti d'arte. Napoleone e la nascita del Louvre*, Torino 1988

G. Ziccardi, *A new dimension of International Law: the Global Law*, in *The Global Community YILJ*, 2005